

## 国際商取引におけるSoft Law

著者	中村 嘉孝
雑誌名	神戸市外国語大学研究叢書
号	58
ページ	1-217
発行年	2016-03-22
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1085/00001858/">http://id.nii.ac.jp/1085/00001858/</a>





ISSN 1345-8604

神戸市外国語大学

研究叢書

2016 第 58 号

国際商取引に  
おける  
Soft Law

●  
中村 嘉孝

神戸市外国語大学外国学研究所



神戸市外国語大学

研究叢書

2016 第58号

神戸市外国語大学外国学研究所

# 国際商取引における Soft Law

(Soft Law in International Business)

中村 嘉孝

(NAKAMURA Yoshitaka)

Research Institute of Foreign Studies  
Kobe City University of Foreign Studies

2016

## 目 次

### 第1章 国際商取引における統一規則

第1節 商取引における統一規則と CISG .....	1
第2節 物品売買の定義と解釈 .....	10
第3節 アメリカにおける統一規則の問題 .....	22
第4節 統一規則の必要性和意義 .....	32

### 第2章 国連国際物品売買条約 (CISG) と UNIDROIT 国際商事契約原則 (PICC)

第1節 CISG における商慣習の解釈 .....	41
第2節 イギリスの不採択にみる CISG の問題 .....	59
第3節 PICC 1994 と PICC 2000 .....	77
第4節 PICC 2010 .....	95

### 第3章 国際商事仲裁と紛争

第1節 商事仲裁における守秘義務 .....	109
第2節 国際商事仲裁における Incoterms .....	125
第3節 国際商事仲裁の市場化と規則改正 .....	147
第4節 ICC 国際商事仲裁裁判所における CISG および PICC の適用 .....	165

### 第4章 商学的観点からの Soft Law

第1節 商取引紛争におけるグローバル訴訟制度 .....	179
第2節 商学的規範の重要性 .....	192
第3節 Soft Law の意義 .....	207

## 第1章 国際商取引における統一規則

### 第1節 商取引における統一規則

#### 1.1.1. はじめに

1990年代の政治的な東西冷戦の崩壊とともに市場経済制度が全世界的に拡大し、ほぼ同時期に情報技術（IT）の発達と情報網が拡大したため、地球規模の商取引が質量ともに激増しはじめ、今後更なる飛躍的發展が期待される。こうした商取引のグローバル化による便益は大きい、一方ではその展開が急激すぎるため、それらを規制する法的規則（Hard Law）および商学的ルール（Soft Law）<sup>1</sup> が十分に整備されていない中、商取引が先行している現状がある。

元来、これら諸規則は、現実の商取引における秩序維持と効率化のための手段であり、本質的に現実の後追いの性質を有しているため、関連する法的規則の不備とは関係なく、現実の商取引は、当事者の予想を超える速度で、拡大し深化する性質がある。当事者は現状を冷静に把握するよう努力し、中長期的な展望から利益とリスクを天秤にかけ商取引を慎重に履行することとなる。逆説的には、法的規則や制度の不確定要素がリスクと同時に利益の源泉でもある。

商取引上の問題は第一義的には当事者が対応することになるが、企業は事後、それら蓄積された経験ノウハウにより、同様の類似リスクを回避・軽減するよう商取引慣習を再考し、また契約条件や書面での法的措置を講じる等、リスクの安定的管理を目指して何らかの対応策を具体的に立案する。第二義的には、個別対応の普遍化を目指し、個々の企業や業界団体における標準契約書の作成や、公平かつ効率的な商取引環境の整備の観点から、行政や立法による法や指導などの導入が試みられる。

本章では、21世紀において急速に拡大・深化する国際商取引における統一規則について考察する。商取引は経済的利益がその核であり、本質的に国家、人種、宗教、性別、年齢、文化、歴史等の影響は小さく、Win-Win 関係にあるため、費用対便益が高ければグローバル規模に自律的に成立する。またこのWin の関係は両当事者だけでなく、納税や雇用などにより社会的利益ももたらす<sup>2</sup>。

まず、国際商取引における統一規則について、歴史的経緯を簡潔に辿りなが

---

1 Soft Law とは、「国の法律ではなく、最終的に裁判所による強制的実行が保証されていないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業が何らかの拘束感を持ちながら従っている諸規範」をいう（中山信弘「創刊の辞」ソフトロー研究 第1号（2005年1月））。

2 企業活動の根本は利益の確保であり、その社会的責任は納税、と筆者は考えている。納税の結果、それを財源とした国防、治安維持、外交、社会基盤整備、教育、社会保障制度の維持が可能となり、雇用創出による失業や犯罪の減少にもなり、社会機能の根本に貢献しているといえる。

ら、その特徴と限界について考察する。その後、アメリカにおけるトライアル減少の傾向を紹介し、その原因として当事者は厳格な司法的判断を求めているわけではなく、費用対便益の合理性を判断基準としているのではないかとと思われる。そのため、国際商取引における統一規則においても、法的厳格性安定性よりも、商学的合理性に対応する法規則や商学的規範の作成や制度の確立が統一規則の成否の鍵となるのではないかと考えている。

### 1.1.2. 国際規則の統一

「世界が一つの市場になれば共通する一つの法が必要となり、そこには契約一般原則が不可欠である」という<sup>3</sup>。国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）Herman 事務局長は、グローバル統一商法典（Global Commercial Code; GCC）の構想を提唱し<sup>4</sup>、商取引の重要な局面に関する規則の集積を想定し、その中心で最も重要なものが国連国際物品売買法条約（CISG）とされ、取引状況により他規則を付加する構想があった。ただ一般の契約原則まで定める必要はなく、それは各国国内法で対応すべき、と考えていた<sup>5</sup>。また UNIDROIT 国際商事契約原則の Bonell 教授も同様の構想があったが、Herman 氏との相違は、現行 CISG をそのまま GCC に移植はできず、形式、用語、内容を再検討する必要があること、契約一般原則を含め検討すべきである、という点であった<sup>6</sup>。

### 1.1.3. 私法統一の歴史的経緯

「国際条約が民商法の世界的統一にとって最も重要な手段である」という<sup>7</sup>。条約（treaty）は一般に国家間の権利・義務など公法的性格があり、私法（private law）は個人間の法的関係の規定で<sup>8</sup>、商取引との関係が深い。国際的な私法統一は、19世紀中に大西洋の両側ではじめられたという<sup>9</sup>。国際私法上の摩擦回避のための条約の必要性が説かれ、その項目は、海洋法、内陸水路（inland navigation）、鉄道輸送、郵便電信通信、貿易関連、通関と通貨、著作権と

3 Ole Lando, *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, 37 UCC L.J. 3, 9 (Fall 2004).

4 Gerald Herman, *Law, International Commerce and the Formulating Agencies-The Future of Harmonisation: The Role of UNCITRAL*, paper presented at the Schmitthoff symposium 2000, Law and Trade in the 21<sup>st</sup> Century 1-3 (June 2000).

5 Ole Lando, *supra* note 3, at 8-9.

6 Michael Joachim Bonell, *Do we need a Global Commercial Code?* 5 Uniform. L. Rev. 469, 473-474, 478-479 (2000).

7 Jurgen Basedow, *Uniform Private Law Convention and the Law of Treaties*, 11 Uniform L. Rev. 731 (2006).

8 *Id.*

9 *Id.* at 732.



産業所有権であった<sup>10</sup>。初期の条約における私法の存在は、公法に付随するとみなされ、第一次世界大戦以前の統一法条約は公法的で政治外交の影響力が多大であり、その後国際商取引の拡大に付随し私法が一貫して拡大した<sup>11</sup>。その代表的な条約の一つが、1924年船荷証券統一条約（ヘーグ・ルール）である<sup>12</sup>。その後運送人の責任限度額等の改定がなされヘーグ・ウィズビー・ルールとなり基本的枠組みは現在にも継承されている<sup>13</sup>。また第一次世界大戦で実用化された航空機による輸送が増大したころから、1929年ワルソー条約が発効している<sup>14</sup>。これらから、私法統一の手段としての国際条約は、当初は公法的性格が大きかったが、商取引のグローバル化が急拡大に伴い私法分野へも拡大・深化してきている、といえる。本質的に条約は国際政治や外交の影響を大きく受けるものであり、条約などの Hard Law の本質を生かしつつ、商慣習などの Soft Law の質量両面の充実をめざしていくことが大切である。

#### 1.1.4. CISG と PICC

CISG は、1980年4月に国連外交官会議において国際物品売買契約に関する国連条約（CISG）が採択され、1988年に発効した。その内容は、契約の成立、効力、違反、救済についてであり<sup>15</sup>、その意義は国際商取引に関する規則の統一が条約として発効した点にあるだろう<sup>16</sup>。また GCC の中心とされる CISG と

10 *Id.*

11 *Id.* at 733-734.

12 欧州中世の海事慣習法は、各主要都市において統一されていたが、近代中央集権国家の成立とともに関連する勅令や法典の編纂により国家的性格を持つ一方、国際輸送が常態となり、そこでは相反する複数の国家法が同一運送に適用される、という解決困難な事態を招いた。これが海商法の国際的統一を必要とする理由であった、という（中村眞澄『海商法』16-17頁、成文堂、1990年）。国家の枠組みが明確になることで国家主権との関係から国際的統一条約の必要性が高まり、一方で現在のグローバル化の通り、主権国家の国境の意義の低下から国際的統一の必要性が高まっており、原因は正反対のように見えるが、現実の商取引の不都合を解消し、その効率向上という目的は同一である。海商法の沿革と発展の知識は、将来的な GCC の構築にとって重要な示唆を得ることができる。詳しくは、石井照久「海商法」第1章4節（海商法の発達）石井照久・伊沢孝平『海商法 航空法』51-88頁（有斐閣、法律学全集30、1964年）参照。

13 絹巻康史『国際取引法（新版）』250頁（同文館、2004年）。

14 木下達雄『国際航空貨物運送の理論と実際』223-224頁（同文館、1999年）。

15 各条文の草案修正等の詳細な歴史的経緯については、次の文献が最も詳しい。John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (Kluwer, 1989). 内容の詳細は次の文献参照。甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法 I・II』（法律文化社、2000年・2003年）。

16 CISG が成功といえるか否かの客観的判断は困難であるともいえるが、一般的な物品売買契約に関する国際条約として唯一であり、また CISG 批准・加入国・地域は83（2015年9月5日）あり、また関連する判例、条文解釈や論文等についてのデータベース（URL:<http://unilex.info.to>）も充実し、先進国は英国を除きほぼ加入している現状から、一定の成功といえるであろう。

関連が深い UNIDROIT 国際商事契約原則 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994, 2000, 2010; PICC) に影響を与えたことも大きい。実際に1980年頃に二つの作業部会が発足し<sup>17</sup>、一つはヨーロッパ契約法委員会 (The Commission on European Contract Law; CECL) がその後ヨーロッパ契約法 (the Principles of European Contract Law; PECL) を起草作成した。もう一つは、UNIDROIT 特別作業部会で、具体的な条文作成に着手することとなった<sup>18</sup>。

CECL は履行、不履行、救済については PECL 第一部 (Part I) として1995年に公表され、契約の成立、効力、解釈、内容については PECL 第二部 (Part II) として1999年に公表された。2003年には第三部として、複数の債権債務者、請求権の譲渡、新債権者と債務者間の契約譲渡、相殺、時効、違法、契約条件に関する内容が公表された<sup>19</sup>。また UNIDROIT 特別作業部会では、契約の成立、有効性、解釈、内容、履行、不履行について検討され、1994年に初めて PICC として公表された。さらに2004年版では、代理権限、第三者の権利、委託、義務の移転、契約の移譲、相殺、出訴期限について、2010年版では、各項目の若干の追加、と、複数の債権債務者について追加された<sup>20</sup>。

以上から分かる通り、PECL と PICC はその内容項目と構造はかなり類似しており、PICC 1994年の条文の約3分の2が、PECL 第一部と第二部の文言や実質的内容が同一である<sup>21</sup>。PECL は主として EU 加盟国の利用を意図しているが、PICC は先進国の契約一般原則を前提としているため、特別作業部会は欧州内外の幅広い文献を比較参照しなければならない。実際にアメリカの統一商法典 (UCC) と第二次契約法リステイメント (Restatement Second of Contracts) に大きく影響を受け、現実には多くの条文が参照されている<sup>22</sup>。またヨーロッパ民法典研究会 (a Study Group of a European Civil Code) が1994年7月に設立され、そこでは欧州各国の民法を比較研究して法案を作成しているが、契約法の一般原則については、PECL を全面的に取り入れて作成する予

17 Ole Lando, *supra* note 3, at 5.

18 Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 21 (2<sup>nd</sup> enlarged ed., Transnational Pub., 1997).

19 PECL の各項目の和訳については、次の文献を参照し作成した。ユルゲン・バセドウ編半田吉信他訳『ヨーロッパ統一契約法への道』(法律文化社、2004年)。

20 PICC の詳細については、第2章第3節参照。

21 Ole Lando, *supra* note 3, at 5.

22 *Id.* at 7. 具体的項目として、Inconsistent behavior, Merger clauses and modification in a particular form, Revocation of offer, Modified acceptance, Undisclosed agency, Supplying an omitted term, Assurance of performance, Damages, Contractual prohibition of assignment など (*Id.* at 7 n.6)。



定であるという<sup>23</sup>。

1994年に PICC が公表された頃、東西冷戦構造の崩壊により市場経済制度が地球規模で拡大し、コンピューター網も発達したため、国際商取引が急拡大した。一方で法律や条約といった Hard Law は本質的に後追いの性格から、当事者は PICC への同意が求められる事例がみられたため、欧州では PICC を新たな商慣習法 (a new Lex Mercatoria) と認識されつつあるという<sup>24</sup>。

#### 1.1.5. 統一規則の適用範囲・解釈基準

世界各国の裁判所は、国内法の解釈において外国や国際的規則に頼ることに消極的な傾向があり、そうする場合でも自国の言語文化に類似した法制度を参照する傾向がある、という<sup>25</sup>。CISG、PICC、PECL では解釈規定がそれぞれあり、CISG と PICC では国際的性質に配慮し、PICC と PECL では信義誠実と公平原則に配慮すること、とされる<sup>26</sup>。こうした解釈原則に基づき、具体的状況に応じた柔軟性を持って解釈されるべきことが導かれる<sup>27</sup>。

適用範囲については、本来 Soft Law は任意規定であるが、CISG の規定<sup>28</sup> と同様、GCC は国際契約に適用されるべきものであるため、Honold 教授は「国際貿易取引という共通の利害関係を持つ場合に、同じ規則が適用される趣旨から国際取引に限定されるべきであろう」という<sup>29</sup>。現状では Soft Law である PICC は当事者の同意を前提に、法的拘束力を有することとなる。

#### 1.1.6. 統一規則における重要項目

##### (a) 形式 (formalities)

CISG 第11条、PICC 第 1.2 条、PECL 第 2 -101 (2) に規定がある。ここでは実体に関する問題としての公式性と、証拠を目的とするものの両方が規定され、近代的通信手段の発達により、国際商取引は迅速かつ書面なしで行われているのが現状である。また EU のほとんどの国は一般契約に形式を要求していない<sup>30</sup>。また書面が要求される場合は、例えば仲裁合意や管轄権条項など限定的に

23 Ole Lando, *supra* note 3, at 7.

24 *Id.* at 8.

25 Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles and CISG -Sources of Inspiration for English Courts?* 11 Uniform L. Rev. 305 (2006). 特に大陸法諸国 (civil law courts) では通常同一言語と背景をもつ国に限定して比較解釈しているという (*Id.* at 305 n.2).

26 CISG art.7 (1); PICC art.1.6 (1); PECL art.1:106(1).

27 Ole Lando, *supra* note 3, at 17.

28 CISG art.1 (1).

29 John O. Honold, *Uniform Law for International Sales* 58 (2d ed., Kluwer, 1991).

30 Ole Lando, *supra* note 3, at 22.

なされる傾向にある<sup>31</sup>。

(b) 書面 (writing)、記録 (record)、電子的メッセージ (electronic message)

CISG 第13条では、書面には電報およびテレックスを含む。PICC 第1.10では「書面とはそこに含まれる情報の記録を保存し、有体的な形で再生されうるすべての伝達方法をいう」と定義されている<sup>32</sup>。PECL においても同様の規定がある<sup>33</sup>。アメリカ UCC 第 1-201 (31) “Record”では「有形の媒体に記録されている情報、もしくは電子的またはその他の媒体に記録され認知可能な形式に再生できる情報」をいう<sup>34</sup>。これらから、書面 (writing) は、再生・解読可能な状態で記録された電子メールおよびその他電子的手段によるコミュニケーションを含む、との解釈が一般的であろう<sup>35</sup>。現状においてもグローバルに瞬時にコストゼロで通信や検索が可能である現状から、今後 IT (情報技術) および ICT (情報通信技術) が異次元の発達が発定されるかもしれないが、再生かつ判読可能な記録の残存は容易になり、大きな問題としてなる可能性は少ないであろう。

(c) 信義誠実と公正取引 (good faith and fair dealings)

PICC では「各当事者は国際取引において、信義誠実および公平取引原則に従い行動しなければならない」という規定がある<sup>36</sup>。PECL にも同様の規定がある<sup>37</sup>。両規定の源泉はアメリカ UCC であり、UCC 第 1-201 (20) good faith では「関係する取引や行為のいて事実上誠実であること」と定義されている。また UCC 第 2-103 (1) (b) では「商人間における信義誠実 (good faith) とは、事実上の誠実さおよび合理的な公平取引の商行基準の順守をいう」とされる<sup>38</sup>。CISG 第 7 条 1 項においては、特に国際取引では信義誠実は重視されなければならない、という。この概念は大陸法諸国にとっては肯定的にとられ、英米法諸国にとっては否定的にとられることが多い。現実には当該文言は抽象的で曖昧であるため、個別的事例に解釈適用する際には、むしろ混乱を引き起こす可

31 *Id.* アメリカでは、UCC 第 2-201 (1) により、5,000米ドル相当以上の取引は、書面およびそれに準じる記録がなければ法的に保護されない。

32 訳文は、次の文献による。曾野和明他訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』225頁 (商事法務、2004年)。なお1994年版では第 1.11条、2004年版は第 1.10条。

33 PECL art. 1:301.書面によるとは、電報、テレックス、テレファックス、電子メール、両当事者の陳述の判読可能な記録を提供できるその他の伝達方式によってなされる伝達を含む、という。訳文は、ユルゲン・バセドウ著半田吉信他訳、前掲注19、313頁に基づき筆者作成。

34 訳文は筆者。

35 Ole Lando, *supra* note 3, at 23.

36 PICC art. 1.7(1).

37 PECL art. 1:201.

38 原文は次の通り。Good faith in the case of merchants means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standard of fair dealing.

能性が十分にあるが、国内の次元ではなく、国際取引の次元で解釈適用することが大切である、という<sup>39</sup>。筆者個人の見解としては、こうした抽象的の文言は、個々の条文レベルで解釈するのではなく、国際取引の基本理念としての理解が好ましいと考えている。

(d) 書式の戦い (battle of the forms)

企業間で取引契約を締結する際、標準書式 (a standard form) の利用が一般的とされる。その際一方当事者が相手方に書面を送付し、他方が受け取り確認や変更修正を施し、再度書面を送付する、というやり取りが想定される。契約が成立すればその時点で当事者は拘束されることとなる。その際の問題として、一つは、契約が成立したか否か、もう一つは、契約が成立した場合の取引条件はどのような内容か、と2点の問題がある。理論的には英米法における契約成立に関する鏡像の原則 (mirror image rule) があり、これによると僅かな齟齬があれば契約は成立していないことになるが、現実の商取引では当事者間において、主要取引条件の合意が電話やメールであれば、取引に着手される。確認の書面の送付は、複雑で、金額が大きく、長期にわたる等でなければ省略され履行されているのが現状である。

こうした現状を踏まえ、CISG 第19条に規定があり、基本的には鏡像の原則を採用している。PICC 第2.1.22 (battle of the forms) および PECL 第2 : 209 (conflicting general conditions) は、契約の成立については肯定的であり、特に PECL はアメリカ UCC 第2-207条の規定をほぼ踏襲しているため、重要な契約条件について、当事者の合意があれば契約成立とされ、商取引の現状に合致しているといえる。また一致していない矛盾する条件・内容は両者ともに排除 (kick out) されるため、他の規定で補充的に解釈される必要がある。PICC も実質的にはほぼそうした傾向にあり、国際商取引における書式の戦いの問題は、この方向に落ち着いているといえるであろう。今後更なる ICT の発達を考えると、郵便で書面のやり取りを想定した従来の規定は、問題になることが格段に少なくなるものと考ええる。

(e) ハードシップ (Hardship)<sup>40</sup>

39 Ole Lando, *supra* note 3, at 26.

40 この文言は大陸法のものであり、英米法にはない。実際に、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)、鴻常夫・北沢正啓編集『英米商事法辞典』(商事法務、1986年)には項目さえない。英米で権威ある Bryan A. Garner, editor-in-chief, *Black's Law Dictionary* 734 (8<sup>th</sup> ed. 2004) には項目はあるが、「不能 (impossibility) に基づく変更の根拠となる…」等の簡潔な説明があるのみである。大陸法の立場からの説明として Zweigert & Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, Ch. 36-37 (3d ed. 1998)、英米法の立場からの説明として Roy Goode, *Commercial Law* 135 (3d ed. 2004) 参照。

当事者は契約に基づく履行義務を負うが、債務者 (debtor) はその履行が法律上または事実上不可能になった場合にのみ、当該履行義務が免除される、という<sup>41</sup>。CISG では、債務者が克服できない障害 (an impediment that that debtor cannot overcome) により履行できない場合、契約時にその障害発生を合理的に予測できなかったこと、および債務者にとって制御できないものである場合にのみ免除される、という<sup>42</sup>。ほとんどの法制度では、不可抗力 (vis major; force majeure) は契約を終結させる法的効果をもつ<sup>43</sup>。

PICC では、第 6 章 2 節で“Hardship”が取り上げられ、その定義については、PICC 第6.2.2.に、その効果については、第6.2.3.に規定がある。PECL にもほぼ同様の規定がある<sup>44</sup>。この PICC と PECL の規定は、アメリカ UCC 第 2 -615 条およびアメリカ第二次契約法リステイメント第261-266条の “impracticability and frustration” の規定を参考に作成されたものである。現実の商取引では、契約締結後の事情変更により再交渉される場合が多いため、英米法における契約上の厳格責任は商取引の実情にうまく適応しているとはいえず、国際商取引の実情からすると、PICC の規定が合理的であると思われる。

#### (f) 不履行による救済 (Remedies for non-performance)

一般に、大陸法諸国では契約上の義務について特定履行 (specific performance) が認められやすい傾向にあり、英米法では、金銭賠償が原則とされる<sup>45</sup>。PICC および PECL においては、基本的には金銭賠償によるが、PICC では特定履行を同等の手段として規定している<sup>46</sup>。PECL にも同様の規定がある<sup>47</sup>。商取引のそれぞれの発展段階を想定すると、標準物の大量生産の時代であれば金銭賠償による解決が合理的であったが、経済社会やビジネス業界がより高度に細分化され、専門性が高く汎用性が低い部品や製品が増加すると予想されるため、今後もビジネスの基本となる金銭での賠償を基本としつつ、特定履行の割合が徐々に高まる傾向にあるのではないかと予想している。

41 Ole Lando, *supra* note 3, at 37.

42 CISG art. 79.

43 詳細は、拙著『国際商取引における契約不履行』第 6 章 (同文館出版、2006年) 参照。

44 PECL art.6:111 (事情の変更)

45 特定履行につき、大陸法では、被害当事者はその請求が認められる傾向にあり、イギリスでは土地の売買、アメリカでは特別な事情がある場合にのみ、裁判官の裁量で認められる可能性が若干ある程度、であるという (Ole Lando, *supra* note 3, at 42-43 )。

46 PICC art.7.2.1 (performance of monetary obligation); PICC art. 7.2.2 (performance of non-monetary obligation).

47 PECL art. 9:101.



### 1.1.7. 本節まとめ

国際商取引における統一規則として、一つの可能性として、グローバルに統一した共通する商取引法・規則として Global Commercial Code (GCC) の可能性について検討した。その構成要素として CISG, PICC, PECL, アメリカ UCC アメリカ第二次契約法リスティメントについて紹介し言及した。この過程において感じられたことは、欧州とアメリカにおける各規定が融合しつつある現状に驚くとともに、GCC の可能性を若干感じた。

具体的には欧州中心の PECL や PICC が、アメリカの UCC やリスティメントを参考にし、同様にアメリカの契約法リスティメントは、従来から大陸法的な概念を取り入れており、相互浸透が少しずつ進行していることがある。アメリカは経済合理的な傾向があり、現実の商取引に合致しない英米法の厳格な契約法はなじまない面が多くなると、大陸法の概念を少しずつ取り入れ体系化し、制定法である UCC ではなく、主としてリスティメントとしていることが鍵であると思う。一方、欧州の PICC や PECL 起草過程において、アメリカの合理的な制度から貪欲に学ぶ姿勢には感動さえする。英米法と大陸法の壁が、商取引のグローバル化により、建設的な意味で崩れつつあると感じられる。筆者個人的には、現実に地球上に各国家が存在する限り、最終的な法規則の執行を含む制度は、あくまで各国家単位で担保されるものとするため、短期間での普及は困難であるが GCC 実現の可能性は少しずつ静かに自然に浸透しつつあり、その方法は本質的にトップダウン型ではなく、ボトムアップ型と考えている。現実的な利益に基づき商人の行動が決まり、それを法体系の整備と社会的制度として構築する、という方法である。その根拠は次のように考える。

商取引は「現実的利益が個々の価値判断の根拠になる」という、価値判断の行動原理が非常にシンプルであることが根本にある。価値判断が単純であれば、それを安全かつ公平に担保する法規則制度が整備されれば、参加者全員が利益を得る。社会的に Win-Win 関係が成立する制度が構築されると、費用コストがゼロで自律的に発展する可能性が高く、結果より効率的で快適な社会へと向かうと考えるからである。

それでは次に、GCC の対象となる物品売買について検討していきたい。

## 第2節 物品売買の定義と解釈

### 1.2.1. はじめに

世界の財・サービス貿易は1990年代後半より飛躍的に増加し、2005年には12.8兆米ドル、対名目 GDP 比で28.8%に達している<sup>48</sup>。また経済が発展し高度化するにつれ、先進国の経済はサービス取引の割合が高くなるため、貿易財（物品）については1998年を境に、開発途上国から先進国への輸出が、先進国から開発途上国向け輸出を上回っており、企業の海外進出に伴う資本取引のグローバル化も加速している、という<sup>49</sup>。商取引における物品売買を管轄・規定する法規則として、各国は国内法を整備しており、わが国では民法や商法、アメリカでは各州法と UCC、第二次契約法リステイトメント、イギリスでは SGA（Sale of Goods Act 1979; SGA）などがある。また複数国にまたがって行われる商取引を対象とする国際的な法規則としては、CISG、PICC、PECL 等がある。これら法規則・商取引原則は、その対象を物品（goods）に限定し、サービス取引は除外し別途規定で定めていることが一般的である。

近年における現実の貿易取引をみると、先進国における急速なサービス経済化に伴い、従来の大量生産された単純な完成品や部品から、仕様書売買（sale by specifications）のような受注型の売買契約、さらにプラント輸出契約にみられるように、個々の詳細な目的に適合した製品の開発・設計・製造・組み立て・設置・運転・技術指導・保守管理など、長期間にわたり工程全般について請け負う契約が増えている。こうした場合、例えば発電所プラントであれば、物品である発電機の製造だけでも技術指導的な要素を含み、消耗品の交換、温度等の運行管理、定期点検も含めたサービス取引の割合が高いといえる。このように、高度なノウハウを必要とする物品売買は、どの程度これら法規則の対象となりうるのか、という問題が存在している。

本節では、1990年代より急速に発展している商取引のグローバル化に伴い国際商取引の主流が、従来型の「物品が主、サービス取引は従」から、21世紀は「技術・サービスが不可欠な物品売買へ」との思いから、20世紀までの主流であった物品売買の「物品」の定義や解釈について、アメリカ、イギリスを含む欧州の規定、国際的な CIGS の規定や事例について、現行の規定でどの程度の有用性があるのか比較考察していきたい。

---

48 経済産業省編『通商白書 2007年』9頁（2007年7月）。詳細な月次・商品別等の貿易統計については、次のウェブサイト参照。日本貿易振興機構（<http://www.jetro.go.jp/index.html>）、財務省貿易統計（<http://customs.go.jp/toukei/info/index.html>）、日本貿易会（<http://jftc.or.jp>）。

49 同書10頁。

### 1.2.2. アメリカにおける規定

アメリカ UCC 第 2-102 条において、その適用範囲を「物品に関する取引 (transactions in goods)」と定義している<sup>50</sup>。当該条文では、特別な条件が付されていない売買の合意 (agreement to sell)、即時売買 (present sale) に限定し、担保取引 (security transaction) は明確に除外している<sup>51</sup>。この規定の注意点は「物品売買 (sale of goods)」ではなく、「物品に関する売買 (transactions in goods)」という表現であることである。前者では物品自体そのものの売買が想定されるが、UCC にあるような後者であれば、物品を主とするサービスを含めた取引となり、対象範囲が柔軟になる。

UCC に “goods” について第 2 編に規定が 2 か所あり、用語の定義を定める UCC 第 2-103(1)(k) では、「商品とは、売買契約の締結時に動産であるすべてのものを意味し、特に製造物を含む将来の (future) 商品、誕生していない動産、育成中の穀物および第 2-107 条に記載されているような不動産に付随する特定の物品等がある。ただし情報は含まれず…」との規定がある。UCC 第 2-105(1) では、「商品はその利害 (interest) が移転する以前に現存し、特定されていないなければならない。現存も特定もされていない商品は将来の商品であり…」<sup>52</sup> とある。また UCC 第 2-105 条および UCC 第 2-106 条では “sale of goods” の文言が使用され、第 2-102 の “transaction in goods” との文言上の相違がある。これについては、前者を「物品売買」と狭義に、後者は「物品売買を中心とする取引」と広義に解釈され、UCC 第 2 編は、物品売買を中心とする取引に幅広く適用される意図がある、と解釈される<sup>53</sup>。ただ UCC では “transaction” を定義する規定はないため、個々の具体的事例において裁判所が「物品に関する取引」に該当するか否かの判断が求められることになる。

現実には、いわゆる物品売買の所有権の移転とサービスの履行を含む複合取引 (hybrid transactions) が多いと想定され、その解釈についてはある程度の蓄積により理論は生み出されてきている<sup>54</sup>。

一般に裁判所は契約の「優位基準 (predominant intent or factor test)」に基づき総合的に判断する<sup>55</sup>。この基準の解釈・運用は各裁判所により幅があるが、

50 田島裕『UCC コメンタリーズ 第 1 巻総則・売買・リース』32 頁 (LexisNexis, 2007 年)。

51 同条公式コメントにおいて、担保取引は第 9 編 (Secured Transactions) で取り扱う、とある。

52 これら訳文は筆者による。

53 Louis F. Del Duca, *Evolving Concepts of the Contract for Sale of Goods: Sale of Goods under the Uniform Commercial Code*, 38 UCC L.J. 119, 121 (Fall 2005). 対象となる物品は、リース (leases)、レンタル (rentals)、物品の贈与等がある (Bradford Stone, *Uniform Commercial Code in a Nutshell* 1 (6<sup>th</sup> ed. 2005)). 情報は含まない、とする判例もある。Specht v. Netscape, 150 F. Supp. 2d. 585 (S.D.N.Y. 2001), aff'd, 306 F.3d. 17 (2d Cir. 2002).

物品売買と判断される要素は、要約すると次のようになる<sup>56</sup>。

- ① UCC 第 2 -105条と UCC 第 2 -106条を満たす物品売買 (sale of goods)。
- ② UCC 第 2 -102条に照らしサービス取引を含む場合、取引全体から小さなものであったとしても、物品の所有権移転が当事者の意思として優位しているとき<sup>57</sup>。
- ③ 複合取引のうち物品の所有権移転を含む部分 (物品売買のみ)。
- ④ 複合取引と類推 (analogy) される取引。
- ⑤ UCC の適用について明確に排除されていないとき。
- ⑥ 明確でない複合取引の一部分のみを除外。

例えば、ソフトウェアの売買では、取引の趣旨・目的・状況から物品売買に該当するとされ、UCC 第 2 編による担保違反 (breach of warranty) とされた事例があり<sup>58</sup>、そこでは UCC 第 2 編は主たる意図が物品売買取引であり、付随する労務提供も含め適用される、とした<sup>59</sup>。そのた音楽 CD の売買では、その内容は情報の知的加工 (intellectual process) であるが、Disc 自体は物品であるため、UCC の対象とされた。ただ全てのソフトウェアが物品であるとは言えない<sup>60</sup>、という。またこれらと正反対の、ソフトウェアの売買は物品売買ではないため UCC は適用できない、との判例もある<sup>61</sup>。また不動産売買の事例では、付属する機器・備品についてのみ UCC 適用、という事例もある<sup>62</sup>。このように当該取引全体に UCC の適用か否かを判断するのではなく、複合取

54 James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, Sales §1-1 at 27 (5<sup>th</sup> ed. 2000). 複合取引の事例を多数紹介している文献として下記を参照。Frisch, Leary & Wladis, *Uniform Commercial Code Annual Survey: General Provisions, Sales, Bulk Transfers, and Documents of Title*, 41 Business Law 1363, 1365-1368 (1986).

55 E. Allan Farnsworth, *Contracts* §1.9 at 33 (4<sup>th</sup> ed. 2004).

56 Louis F. Del Duca, *supra* note 53, at 121-122.

57 Farnsworth 文献 (脚注55の §1.9 at 33) では “predominant factor” とあるが、Duca 文献 (脚注53の121-122頁) では “predominant intent factor” とある。当事者の意思 (主観主義) を探求しつつ客観的状況により補完する、という解釈構造が合理的であろう。

58 Smart Online, Inc. v. Opensite Technologies, Inc., 2003 NCBC 5, 51 UCC Rep. Serv. 2d, 47 (N.C.Sup.Ct.2003).

59 当該事例の争点は、UCC 第 2 -314 (implied warranty, merchantability, usage of trade) における「商品性保証の違反 (warranty of merchantability)」であった。merchantability の訳語について、田島 (前掲注50) では「商品性」とあるが、市場流通価値がある意味の「適商性」がより適格と考える。

60 Advent System Limited v. Unisys Corp., 925 F. 2d 670, 13 ICC Rep. Sev. 2d 669 (3d Cir.1991). 要旨は次の文献参照。Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts* §4.13 at 222 (5<sup>th</sup> ed. 2003).

61 Page v. Hotchkiss, 36 Conn. L. Rptr.193

62 Foster v. Colorado Radio Corp., 381 F 2d 222; 4 U.C.C. Rep. Serv. 446 (10<sup>th</sup> Cir. 1967). ラジオ局の付属機器備品についてのみ UCC 適用を認めた。



引における物品に関する部分のみ適用する、という UCC の一部適用もある。

UCC 第 2-103 条公式コメントでは、「通常取引には物体とサービスの両方を含むことが往々にしてあり、例えば自動車の売買でも多くのコンピュータ・プログラムが含まれている」という<sup>63</sup>。

以上から総合すると、情報に関する物品売買の事例では、情報の加工度合いにより判断される。加工度が高く役務的要素が強い場合はサービス取引と解釈され、その際は UCC が適用される可能性は低い。一方で、加工度合いが低く、例えば店頭で包装販売されている一般的なバンドル型のソフトであれば、物体としての性質が高いため物品と判断され UCC が適用される可能性が高い。大まかには、物体が主でサービスが付随する取引が UCC の適用対象となる。

ただし物品の割合が10%程度での認められる事例や、30%程度でも認められなかった事例など、実際の判例もかなり錯綜しており<sup>64</sup>、当該取引の本質について見極める必要がある<sup>65</sup>。Duca 教授によると混乱の原因は、“transaction in goods” という文言の不備にある、といい 2 つの提案を行っている<sup>66</sup>。私は文言の不備というよりも、商取引の対象物品の性質にあると考えている。法で規定定義するという発想自体に限界があり、条文を安易に修正することなく、判例や学説で理論的支柱を固め、商取引の現実に柔軟に対応するしか方法がないのでは、と考えている。次にイギリスの規定についてみていきたい。

### 1.2.3. イギリスにおける規定

伝統的にイギリス法は契約を、物品売買とサービス（役務）とに区別している<sup>67</sup>。物品とサービスを区別する主たる理由は、提供した物品・サービスに関する黙示義務（implied warranty）<sup>68</sup> の相違にあり、物品の場合は1979年 SGA 第14条により厳格な黙示義務を負うが、サービスの場合、役務提供者の義務は1982年 SGSA 第13条により、善管注意義務（duties of due care）の責任のみとされる。サービスに物品が付随して提供される場合、原則1979年 SGA は適用

63 UCC 第 2-103 official comment 7. またここでは、Disc に入った建築設計書の売買は物品売買ではない、とある。

64 *Dravo Corp. v. White Consol. Industries*, 602 F. Supp. 1136, 10 UCC Rep. Serv. 362 (W.D.Pa.1985).

65 *Id.* at 1140. その他、手術後の目薬点眼、輸血の汚染等の例があり、これらはサービス取引で UCC は適用されない。読んでいて興味深い内容が多いが、現実的な対応としては、優秀な弁護士を雇うことであると思われる。

66 Louis F. Del Duca, *supra* note 53, at 1135-1136.

67 Patrick S. Atiyah, John N. Adams & Hector MacQueen, *The Sale of Goods* 21 (11<sup>th</sup> ed. 2005).

68 黙示条件の詳細については次の文献参照。Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, Ch.6 Sec.2 (implied terms) at 201-214 (11<sup>th</sup> ed. 2003).

されないが、コモンロー上の同様の黙示義務を物品については適用する傾向がある<sup>69</sup>、という。具体的には、物品の提供が主であれば、The Sale of Goods Act 1979 (SGA) が適用され、サービスの提供が主であれば、The Supply of Goods and Services Act 1982 (SGSA) が適用される<sup>70</sup>。

SGA 第2条(売買契約) 1項では「物品売買契約は、売主が物品の所有権を価格という金銭的約因に対して買主に移転または移転の合意をする契約である」とする<sup>71</sup>。物品(goods)に関する規定はSGA 第5-7条にあり、解釈規定はSGA 第61条1項にある<sup>72</sup>。現実にはアメリカの事例と同様に物品とサービスの区別が困難な場合、例えばスーツの仕立て、肖像画を描く、ファストフード・レストランでの食事などがあるが、SGAの規定趣旨からサービス提供については適用できないため、物品部分についてはコモンロー上の黙示義務を課している。そのため法的な区別は重要でない、とされる<sup>73</sup>。そして現在のイギリスでは、商取引契約の実質性(substance of contract)を基準とし、当該契約が実質的に物品であるか否かの見極めにより判断する原則が確立している、という<sup>74</sup>。実質性の判断は、専門的評価(professional assessment)により、専門性の高さに比例して支払われる対価(consideration)からサービスの割合を解釈する、となる<sup>75</sup>。

実質的にはアメリカと事例にみられるように、複合取引の場合、サービスの実質的な評価を客観的に行い、さらに商取引全般における割合を解釈する、という作業はほぼ同一と思われる。その他欧州の事例を見ていきたい。

#### 1.2.4. 欧州および中南米の事例

スペインでは、物品売買とサービス取引との相違は、主たる義務の本質により区別され、その他ベルギー、メキシコ、アルゼンチン、パナマ、グアテマラ

69 Atiyah, Adams & MacQueen, *supra* note 67, at 23.

70 Ewan McKendrick ed., *Sale of Goods* 40-42 (2000).

71 訳文は筆者。

72 念のため以下、記す。SGA art. 61(1) “goods” include all personal chattels other than in action and money, and in Scotland all corporeal movables except money; and in particular “goods” include emblements industrial growing crops and things attached to or forming part of the land which are agreed to be served before sale or under the contract of sale and include and undivided share in goods.

73 A. G. Guest, general editor, *Benjamin's Sale of Goods* §1-041 (sale distinguished from contract for work and materials) at 32 (6<sup>th</sup> ed. 2002).

74 *Id.* §1-042 at 33-34.

75 *Id.* §1-046 at 36. イギリスにおける関連する判例については、*Id.* §1-046-047 at 36-38参照。こうした事例を読んでいると、実際には客観的で明確に基準はなく、個々の事例により判断が異なる、という印象を受ける。

等にも同様の規定がみられる、という<sup>76</sup>。フランスでは民法典第1711条において、生産に必要な原料を発注者（買主）が提供する場合、サービス取引とされる。基本的にサービスに類似する契約については、供給業者（売主）が原材料を調達して製造する場合、一般には物品売買契約になるという<sup>77</sup>。イタリアでは、当事者の意思（*intent of the parties*）を確定し解釈する主観基準（*subjective criteria*）を主とし、それを客観基準（*objective criteria*）で補足的に解釈する、という<sup>78</sup>。ドイツでは債務法第631-651条において、サービス（役務）契約の規定があり、買主または所有者が原材料を提供する契約の場合、原則サービス契約とされていたが、2002年1月に新ドイツ債務法が発効した。同法第651条では、買主または所有者が原料を提供した場合と、売主または製造業者が自己調達して売買した場合を区別し、物品売買を独立させた規定となっている<sup>79</sup>。

以上から、イギリスを含め欧州や中南米では、物品とサービスの区別は法的になされるが、その解釈運用については、サービス自体の価値を評価し、その割合を取引全体から勘案し判断する、という方法はほぼ共通しているといえるだろう。次に CISG の規定についてみていきたい。

#### 1.2.5. CISG の規定

CISG では第1章（第1-6条）において適用範囲に関する規定がある。その役割から二分され、第1・2・3・6条では適用対象となる契約に関する規定、第4・5条は、対象となる範囲を決定する規定である<sup>80</sup>。特に第1条および第2条では、商取引における物品売買に限定する旨、明示されている<sup>81</sup>。また売主の義務（第30条）および買主の義務（第53条）の規定から、「売買契約は一方当事者が、できれば関連するすべての書類を手渡しにより引き渡し、物品の所有権を他方当事者へ移転させ、他方当事者は当該商品の代金を支払い、契約

76 Pilar Prales Viscasillas, *Evolving Concepts of the Contract for Sale of Goods: From and Before the CISG, To and Beyond the EU Directive 1999/44 on the Sales of Consumer Goods*, 38 UCC L. J. 137, 147 n.30 (Fall 2005).

77 *Id.* at 149. ただし原料が役務サービスに付随的なもの、原料の経済的価値が役務サービスのそれよりも下回っている場合、物品売買ではなく役務サービス取引と判断される（*would be considered work contract*）。

78 *Id.* at 149-150.

79 *Id.* at 154-155.

80 Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* Part I at 16 (2d English ed., Oxford Univ. Press, 2005).

81 CISG 第1条では、国際間にわたる商取引の物品売買に適用する、と簡潔な規定があり、第2条では、物品であっても個人や家族、また家庭で用いるために売買されたもの、投資証券、船舶、航空機、電気等は対象としない、と明記されている。訳文は、新堀聰『国際統一売買法 ウイーン売買条約と貿易契約』177-179頁（同文館出版、1991年）を参照し筆者作成。

書通りの方法で協力する契約」<sup>82</sup>をいう。具体的には、不動産は除外、コンピュータ・プログラム（ソフト・ウェア）は物品に含まれ、商業的性質については「産業用の使用（industrial use）」目的だけではなく、より幅広い概念の「事業目的（business purposes）」を対象とする<sup>83</sup>。

第3条1項では「物品を製造または生産して引渡す契約を対象とする、ただし買主が当該製造や生産に必要な材料の大部分を提供する場合はその限りではない」とある。また同条2項では「本条約は物品を提供する当事者の義務の大半が労務またはその他のサービス提供から構成されている契約には適用しない」という<sup>84</sup>。本条により、CISGの実体的適用範囲を、純粋な売買契約だけでなく、他の契約類型も付随的に有する契約についても、物品の要素が中心的意義を有する限りにおいてCISGが適用される、という拡大機能を果たしている、という<sup>85</sup>。当該条文の源泉を辿ると、同条1項は、1964年ハーグ国際統一売買法（ULIS）第6条を継承しており、ほぼ同じ文言である<sup>86</sup>。第2項は前項を明確にする目的で起草されたものであるが、現実には論争が生じうまくいっているとは言えない、という<sup>87</sup>。以下、項目ごとに見ていきたい。

#### ① 物品とサービスの割合

売買対象となる物品について、単純な物品であるのか、特定物であるのか、加工度合いが高いものであるのか、また買主が製造に必要な原材料や半製品を提供しているのかどうか、について具体的に判断される。実質的な割合（substantial part）が物品自体であるのか、サービス自体になるのかの判断により、判断される。

#### ② “substantial” の基準

82 Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 80, at 54-62.

83 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法 I ウイーン売買条約』31-32頁（法律文化社、2000年）。

84 訳文は、澤田壽夫・柏木昇・森下哲朗編著『マテリアルズ国際取引法』148-149頁（有斐閣、2004年）を参考に筆者作成。

85 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編、前掲注83、37頁。

86 The Uniform Law on the International Sale of Goods; ULIS 1964, art.6 :

Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced shall be considered to be sales within the meaning of the present Law, unless the party who orders the goods undertakes to supply an essential and substantial part of the materials necessary for such manufacture or production. 下線部の文言が CISG と異なるだけで実質的差異はない。ULIS とハーグ国際統一売買の成立条約 ULF (the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods; ULF) が CISG の前身であり、詳細は次の文献参照。高桑昭『国際取引における私法の統一と国際私法』56-60頁（有斐閣、2005年）；高桑昭「国際的統一売買法」遠藤浩・林良平・水元浩監修『現代契約法体系(8)』（有斐閣、1983年）。

87 Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 80, at 54. ただしこの論争の主たる原因は、フランス語版と他言語版との差異（obligation と obligations）にある、という（*Id.* at 54 n.6a）。



具体的指針はなく、ULIS 第 6 条の“essential and substantial”文言が、英文では“substantial”となり、フランス語版では“essential”となっている。“substantial”では、経済的価値、大きさ（数量や金額）であり、“essential”では、最終製品に対するそれぞれの価値の貢献度により判断される方法であり、大勢は「経済的価値基準」が多いという<sup>88</sup>。現状では経済的価値を基本とし、その後物品とサービスの割合を算定していく手法がなされる、という<sup>89</sup>。

### ③ 一つの契約であること

CISG は物品とサービスの両方の提供からなる複合契約（mixed）の場合、それが単一の契約（one contract）であるときに適用される。物品の売買とサービスの提供が別個でなされている場合、CISG はサービス取引には適用せず、物品売買についてのみ適用される。

### ④ “preponderant”（優位性）の解釈

サービス取引の算定自体とともに、全体におけるサービス取引の割合を判断する場合の解釈を含み、流動的といえる。ただ現行の主流は、経済的価値の客観的判断を基本として、個別事情を付加勘案するというものである。ただし当事者の意思の相違の可能性がある場合は、事前に CISG の適用について合意し明示しておくことが合理的であろう。

### ⑤ “Turnkey contracts<sup>90</sup>”

これは契約規模や形態が多岐にわたり、個別事項ごとに異なる性質のものであるため、一概に規定することは現実的に困難である。一般に当事者は複数にわたり、内容も複雑かつ高度の技術が必要とされるため、全体の契約からすると、物品売買の要素は限りなく小さい。現実には詳細な契約書を作成し、長期間に渡る調整や対応が必要となるため、全体契約の個々の物品供給に関して CISG が適用される可能性が生じる程度で、CISG は基本適用されないと考えてよいであろう。

以上から、CISG 適用について以下の 3 つに要約できる<sup>91</sup>。

- ① 物品売買契約について、幅広い解釈がなされる傾向にある。
- ② 幅広い解釈の採用は、各国国内法と異なる点も多いが、統一される傾向

88 *Id.* at 56.

89 *Id.* at 57. 最終的に、商品の加工が本来の物的価値を超えない範囲であれば物品売買とされる可能性が高い、という。

90 一般に「完成品受け渡し契約」、「ターンキー契約」「プラント契約」といわれ、注文主が鍵を受け取り後、直ちに設備を稼働できる状態で引き渡す契約をいう。プラントの設計、機器の設計・建設・調達・備え付け、試運転まですべての業務を受注し、請負に類似するという。詳細は次の文献参照。高桑昭・江頭憲治郎編『国際取引法（第二版）』133-141頁（第4章3節「プラント輸出契約」、青林書院、1993年）。

91 Pilar Prales Viscasillas, *supra* note 76, at 146-147.

にある。

③ 幅広い解釈の原因は、新しい商取引の普及と、売買法規の優位性にある。それでは次に、実際の判例・仲裁事例についてみていきたい。

#### 1.2.6. CISG 適用に関する判例・仲裁裁定の事例

CISG は1988年に発効して以来、裁判や仲裁において多くの事例が蓄積されており、データベースも大変充実している<sup>92</sup>。以下具体的な事例を見ていきたい<sup>93</sup>。

##### ① 事例番号7660/JK<sup>94</sup>

イタリアの売主と、チェコスロバキアの買主が、製造組み立てラインの機器提供の契約をした。機器は主として3つから構成され、準拠法をオーストリア法とし、紛争解決は ICC 仲裁裁判所規則により、また物品は、買主が転売する第三者へ直接引き渡すこと、売主は機器を設置し稼働させることに合意があった。また契約書には引き継ぎについて署名後12か月間機器の正常な作動を保証する内容が含まれていた。買主は契約書通り一部現金の前払いをし、残金の一部は約束手形で支払った。引き渡し後、一つの機器に問題が発生し、売主は保証期間の経過を理由に十分な対応をしなかったため、買主は仲裁手続きを申し立てた。買主は機器の不一致（non-conformity）を根拠に契約の部分的無効、未引き渡し機器に対する支払い済み代金の返還、売主の契約違反に対する損害賠償、の3点を主張した。

仲裁廷は、オーストリアは CISG 批准国であり、また CISG 第3条1項にて機器の生産・引き渡し・設置は物品売買の対象として CISG の適用を決定した。実質的な審議として、第一の主張は、3つの機器が比較的独立していたため、その無効が認められた。第二の主張は、売主も同意して返金され、第三の主張は、CISG に明確な規定がなく、オーストリア法により期間経過後の賠償請求は認められない、とされた。

本事例では、プラント契約においても複数の機器が連携的でなく、独立的なものであれば、部分的無効が認められることが示された。

##### ② 事例番号 HG920670<sup>95</sup>

スイスの売主が、ドイツの買主に、フィットネス機器として高塩度の独立型

92 脚注16参照。判例・仲裁事例の abstract や論文はほぼ英語であるが、判例 Full Text や論文に一部、フランス語やドイツ語の場合が散見される。

93 以下の事例は、CISG の適用に関する部分のみ最小限度で紹介する。また仲裁は非公開が原則から、事実関係で不十分な場合もあえて紹介する。

94 Arbitral Award, ICC Court of Arbitration, Paris, 23.8.1994.

95 Gabdeksgericht, Zurich, 26 04 1995.

水タンクの売買と設置を契約した。売主は当該機器を引き渡し設置し、買主は代金を一部支払ったが、4週間後に塩水漏れが発覚し、買主は契約の無効、敷地汚染に対する補償を主張し、売主は残額支払いを主張した。

裁判所は、当該の塩水漏れは修理可能であることから重大な違反には該当せず契約無効は認められない、とした。本事例では、機器の設置という役務の提供は大きな割合（preponderant part）を占めているわけではないので物品売買とされた。また塩水漏れの補償は、CISG 第74条-77条に主たる契約に付随する行為に関する賠償に関する規定があり、それを満たす場合には付随的（secondary）義務違反がある、とした。本事例では、アメリカで多用される優位性（preponderance）が使用され、欧州においても利用されていることが示されている。

### ③ 事例番号 RG/4879<sup>96</sup>

フランスの売主が、ポルトガルの買主に中古ハンガーを溶解して販売する契約をした。支払いは3回に分けられ、買主は最初の2回支払ったが、ハンガーの再利用に適さない金属物質が検出されたため、品質不一致を理由に残額の支払いを拒否し、以後の商品受領も拒否した。一方売主は残額代金の支払いを主張した。ここではCISG 第3条2項の、売主がハンガーを溶解する（dismantle）サービスは契約総額の約25%であり、売主の義務にとって大きくないと判断され、CISG の適用が決定された。

### ④ 事例番号 不明<sup>97</sup>

スイスの買主がドイツの売主に建設資材（construction materials）を発注し、付随的に（which in addition to…）売主が屋根の建設を請け負うことに合意した。この事例では売主の主たる義務は物品提供であり、労務サービスの適用ではないとして、CISG の適用が決定された。

### ⑤ 事例番号23U4446/99<sup>98</sup>

イタリアの売主は、ドイツの買主と、窓を作る工作機械の売買契約をした。当該機械は、買主の仕様書と意匠に従って製造され、また製造に必要な部品の一部を買主が売主に提供していた。また売主は機器を設置し稼働しなければならなかった。売主は機器の引き渡しを延期したため、買主は契約の無効を主張した。買主の提供する材料や、付随する仕様書や意匠は、機器生産に必要とされる全体の主となるものではないため、物品を製造し設置する行為は物品売買

96 France, Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, Marques Roque Joachim v. La Sarl Holding Manin Riviere, 26 04 1995.

97 Switzerland, Kantonsgericht des Kantons Zug, 25 02 1999, unknown.

98 Germany, Oberlandesgericht Munchen, unknown, 03 12 1999.

であるとし、CISG の適用がなされた。

⑥ 事例番号356/1999<sup>99</sup>

ドイツの売主と、ロシアの買主がある機器 (a certain equipment) の売買契約を締結し、付随したサービス (測量や建設等) についても合意した。その後契約を物品の提供と、労務サービスの提供の二つに分けることに同意した。仲裁廷では、一体の契約としても物品売買の割合が50%を超えており、また分割された契約のうち物品売買に関する部分については、CISG を適用した。

⑦ 事例番号1998/38724<sup>100</sup>

フランスの売主と、アラブ首長国エミレーツ (United Arab Emirates) の買主と、128個の装飾ガラスパネルの売買契約を締結した。当初引き渡しは製造業者の場所であったが、後に買主側の港ドバイ (Dubai) になった。買主は到着後検品したところ、発注したものとの不一致を売主へ連絡した。数か月後買主は契約の無効、価格の原状回復を主張した。装飾の役務サービスは売買契約の主たるものを占めておらず、またその役務サービスが物品の原料価格を上回っていたとしてもサービス契約とはなりえないであろう (could not be considered as a service rendered) とした。この事例では、サービスの割合が過半数を超えた場合であっても、商品の性質により物品に該当する、とされた。この判断は、通説とは矛盾していると考ええる。

⑧ 事件番号12-2002-181<sup>101</sup>

イタリアの売主とスイスの買主は、ヘリポート近くの作業場と事務所に、可動式壁の設置契約をした。設置後、買主は契約書通りの防音設置になっていないことを理由に支払いを拒否した。可動式壁の設置工事は、契約の主たる部分ではないため物品売買契約とし、CISG が適用されることとなった。

この事例では、設置の目的として防音であることが大きな要因であり、費用的にその工事自体が低くても、契約全体の趣旨からすると、その目的が達成できていないため、買主にとっては酷に感じられる。対策としては、契約の目的を明確に伝え重要な要件であることを明示すべきであろう。

⑨ 事件番号 空白 (blank)<sup>102</sup>

スロベニアの売主と、イタリアの買主が、一定の遺伝的要素を持つウサギを定期的に売買することを契約した。引き渡しされたウサギに問題が見つかったため、買主は購入を中止し、他の業者からウサギを仕入れた。売主は契約違反

99 Tribunal of Int'l Com. Arb. At the Russian Federation, 30 05 2000.

100 France, Court d'Appel de Paris, 14 06 2001.

101 Switzerland, Tribunale d'Appello di Lugano, 29 10 2003.

102 Tribunale di Padova- Sez. Este. Ostroznik Savo v. La Faraona 11 01 2005.



による損害賠償請求を主張した。ここでは、生きたウサギの取引も物品売買であるとして CISG を適用した。

#### 1.2.7. 第2節のまとめ

物品売買契約の定義は、普遍的であるという<sup>103</sup>。19世紀から20世紀にかけて大量生産されてきた一般的商品（不特定物）の売買が主流であり、サービス取引との区別が比較的明確に可能であった。そうした商取引の現状に最適な法規則が整備され、問題が発生した際には個々の事例を考慮した微調整により、対応が可能な時代であった。しかし1990年代の政治的な東西冷戦構造が自壊し、市場経済制度がグローバルに普及し、一方で情報技術の発展と情報網の拡大により、経済が高度化した。商取引の対象商品は、大量生産の不特定物から多品種少量生産の特定物が主流となり、高性能・機能的サービスの割合が高まっている。将来もこうした傾向は継続拡大するため、今後一般的な物品売買契約に対応する法規則や制度の構築は、より困難になると予想される。取引の主流が、不特定物から、機能・技術・意匠などが個別対応された特定物へ変わりつつある、という商取引のパラダイム自体が変更しつつあるため、それを規律する法制度のパラダイムも現実的な対応が求められるであろう。

国際商取引の現状にうまく適合する法制度として各国家を超越した契約法を中心とする CISG が起草され、83か国の批准加盟国を擁するまでになった。発効していることは一定の成功といえるが、まだ問題が多い。次節においてアメリカにおける CISG の認知度について実証調査研究の結果から、その問題点について探っていきたい。

---

103 Viscasillas, *supra* note 76, at 138.

### 第3節 アメリカにおける統一規則に関する諸問題

#### 1.3.1. はじめに

CISG は1980年に成立し、1988年1月1日に発効した国際物品売買取引に関する実体法としての国際条約であり、いわゆる先進国ではイギリスを除き83か国・地域が批准・加入している。わが国の加入は2008年5月20日に衆議院において承認され、同年6月19日に国会で議決された<sup>104</sup>。これを受けて同年7月1日政府は国連事務総長に加入書を寄託し、CISG 第99条2項の規定により2009年8月1日に71番目の国として発効することとなった<sup>105</sup>。貿易立国のわが国はCISG 発効後、約20年を経て加入発効した。こうした現状について遅すぎる、との意見も散見されるが<sup>106</sup>、果たしてそうであろうか。

世界の GDP 上位国から見ると、1位のアメリカは1988年に批准し、第2位の中国も同時期である。第3位のわが国は2008年、第4位のドイツは当初より批准しており、第5位のイギリスはまだ批准加入していない。また現実にはアメリカでは CISG の認知度が異常に低い。また中国の経済的台頭も、2000年頃からで、比較的最近である。現実的には経済大国と CISG 批准加入国とは、あまり関係ないかもしれない。そうした現状において、アメリカにおける CISG の認知度に関する実証調査が行われた。当該実証調査研究に関する論文に基づき、アメリカにおいて CISG が普及していない原因についてみていきたい。

#### 1.3.2. アメリカにおける CISG の認知度

ここでは、アメリカにおける実証調査に関する研究論文に基づき<sup>107</sup>、その傾向と理由について確認し考察していきたい。

##### ① 実証調査の概要<sup>108</sup>

論文題目にある通り、アメリカの弁護士を対象に CISG の認知度に関するアンケート調査である。弁護士は一般に多忙であるため質問を10項目に絞り、かつ数分程度で記入できる内容とした。また量より質の高い返答を重視し、調査

104 衆議院の議決後、参議院に回付されたが、いわゆる衆参ねじれ現象により審議されないまま憲法第61条の規定（条約の承認と衆議院の優越）により国会で議決された。

105 外務省ウェブサイトによる。[http://www.mofa.go.jp/mofaj.press/release/h20/7/1181055\\_912html](http://www.mofa.go.jp/mofaj.press/release/h20/7/1181055_912html)

106 例えば、新堀聡「グローバル商取引各論 ウイーン売買条約後の国際商取引法統一の行方 (1) 一条約からリスティメントへ」JCA ジャーナル 第55巻9号40頁（2008年9月、通関615号、日本商事仲裁協会）。

107 George V. Philippopoulos, *Awareness of the CISG among American Attorneys*, 40 U. C. C. L. J. 357 (Winter 2008).

108 *Id.* at 360-361. 以下アンケート調査結果については、当該論文に基づき記述し、細かな引用は省略する。またアメリカにおける CISG に関連する事例は2500程度あり、実際には2倍程度あるのではとの意見もある。CISG Database, Pace Law School, Pace University, USA <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html>

対象者として、国際商取引の実務に携わっている大小さまざまな規模の法律事務所にも所属しているビジネス訴訟の弁護士を中心とした。高い質を確保するため、一流の弁護士を対象とした Chambers USA<sup>109</sup> の国際取引および国際商事仲裁の分野から選択した。また一定の数量を確保するため、CISG に関与する法律事務所や弁護士の情報について、多数検索できる FindLaw, LexisNexis<sup>®</sup>, Martindale Hubbell, Google を活用した、という。回答は予想より少なかったが、46の有効回答を得ることができた。その内訳は、規模は大中小と様々で、全米各地にわたり、また国際的な法律事務所からだけでなく、地元中心の事務所まで多岐にわたっていることが特徴である、という。予想より少ない回答数の原因は、おそらく弁護士自身が CISG の規定内容についてほとんど知らず、もしくは CISG 自体の存在すら知らないため、回答できなかったのではないかと分析がなされている。

② 調査の結果について、質問項目ごとに以下紹介する。

(Q1) 国際取引を行う企業の代理人になったことがありますか。

→全回答で、「はい」。

(Q2) 実務において CISG の影響をどの程度受けていますか。

→ほとんど (majority) が「ない」。5つのみ「とてもある (very much, always)」。

(Q3) 物品売買契約において、CISG の影響は相談、起草、交渉のどの段階にありますか。

→質問 2 と関連しているため、ほとんどの回答は空白。9つが「全くない」、1つが「全般に小さな影響がある」。

(Q4) もしあなたが買主の代理人として交渉する場合、CISG を全面的に排除、または一部条項を排除するとすれば、どの条項にしますか。

→ほとんどが「全面的排除」、7つが「状況次第」、6つが「分からない、考えたこともない、適用しえない」、2つが「使用してみたいが当事者本人が反対するだろう」。また「相手当事国の法を準拠法としなければならない場合に限り、それが不十分であれば CISG 適用を主張するだろう」という意見もあった。

---

109 Chambers USA: America's Leading Lawyers for Business (Chambers and Partners Publishing, 2005).

(Q5) 買主の代理人として CISG の一つの条項を排除する場合、どの条項にしますか。

→Q4でほとんどの回答が「全面的排除」であったため、コメントと、CISG の特定条項を挙げたコメントがあった。

- ・第11条について、CISG では詐欺防止法が欠落しているにもかかわらず、契約に書面を要求していない同条項については、不信感があるため、排除。
- ・第74条から第80条（損害賠償とその利息）を排除。
- ・第74条（付随損害と逸失利益）はその内容が不十分であるため、排除。
- ・第78条・第79条（損害賠償の利息）を排除。
- ・第19条（書式の戦い）を排除。
- ・第14条から第24条（引き渡し時期と受領）を排除。
- ・第39条（商品の契約と不一致の申し立て期間の制限）を排除。
- ・第9条（商取引慣習の重視）を排除。

(Q6) 売主の代理人の場合、CISG を全面的に排除しますか、もしくは特定の条項を排除するとすれば、どの条項にしますか。

→これは Q4の売主へと立場を変えた内容で、回答は同様にほとんどが「全面的に排除」であった。その他コメントは以下の通り。

- ・第50条（契約と現物の不一致の度合いに応じて買主の支払い減額を認める）を排除。
- ・第35・36条（売主は契約と品質・数量・説明と合致したものを提供する義務、それを欠いた場合、売主はあらゆる形式の損害賠償責任を負う）を排除。
- ・第41条（買主の管轄権内で知的財産権の侵害の危険性があることに対する売主の義務）は、売主に調査費用を発生させるため、排除。
- ・第11条（契約の成立に書面を要件としない）は、アメリカの弁護士に共通して批判が多い。

(Q7) 交渉時に CISG の排除を主張したとき、相手方から反対された経験はありますか。

→圧倒的多数（vast majority）回答は、「CISG を排除し、代わりに UCC を利用することに全く反対を受けたことはない」、1つは「ほとんどない（seldom）」、2つは「ほとんどないが、時折ドイツの企業と交渉したときに経験した」、1つは「代理人として交渉したアメリカ企業に力がなく、かつ取引を切望したとき、相手方の契約条件に応じたことがある」。その

他「CISG は中立で仲裁人の理解も得られやすいので好ましい」というコメントもあった。

(Q8) CISG を特に準拠法として強く主張する国の企業はどこにありますか。

→これは明確に、ヨーロッパ諸国の企業が多く、特にドイツ企業はその傾向が強くみられる。おそらく CISG とドイツ民法とその構造が類似しているためであろう、という。また中国の企業と取引する場合、当方からすれば中国法を学ぶよりも CISG のほうがわかりやすい、という意味で CISG を好む、というコメントもあった。

(Q9) アメリカの弁護士にとって、CISG の認知度はどの程度であるのか、1（認知度が低い）から10（認知度が高い）の数字で示してください。

→「1」が11、「5以上」が4、「10」が2（企業内弁護士という特殊事情による）。回答の平均値は「3.12」であるが、特殊事情をもつ評価「10」の2人を除外すると、平均値は2程度で、認知度は一般に低い。その他コメントは次の通り。

- ・国際取引に定期的に関与する弁護士が増加しているため、CISG の認知度は、従来の2倍（回答者の主観）になっている。
- ・国際取引の経験を持つ弁護士からの回答では、自分自身認知しているが、全体としては5－7程度であろう。

(Q10) CISG に対するあなたの簡潔なコメントを述べてほしい。

→一般的反応は、否定的評価なものが多く、約半数が否定的、3分の1が肯定的な評価であった。また CISG を排除するとの回答したうちの何人かは、CISG に肯定的な評価であった。ここでは CISG が不十分、欠陥がある、というよりも、UCC に慣れ親しんでいることから UCC の使い勝手が良いことが根本理由にあると思われる。

以上が具体的な設問と回答である。次に Q10 の CISG に対する否定的及び肯定的・中立的評価について、各回答のコメントを紹介し、検討していきたい。

### 1.3.3. CISG に対する否定的評価コメント

以下、箇条書きにてコメントを紹介する<sup>110</sup>。

- ① 十分に理解していない知識不足のアメリカの弁護士が利用する場合、CISG は問題の源泉になる可能性が高い。
- ② アイデア自体は良いが、まだ比較的新しいものであるため、顧客（企業）

110 筆者の判断により、原コメントの趣旨を損なわない範囲で、類似したコメントは一部統合し、理解しやすいようカッコにより内容を付加した。



がそのリスクを見極めることができない。

- ③ アメリカの裁判所・仲裁廷ではほとんど認知されていないため、ほとんど理解されておらず、利用もされていない。
- ④ 無用 (useless) で、あまり役に立たない (not very useful)。
- ⑤ 外国当事者がアメリカ法を受け入れられない場合に、UCC の代替として CISG は有効であろう。つまり UCC を選択しえない場合のみ、CISG は有用であり、外国法よりもまし、という程度の認識。
- ⑥ 統一の努力は評価するが、アメリカの大多数 (vast majority) の弁護士は、その存在を認識していない。
- ⑦ CISG を評価はするが、国内法より役に立つ内容とは思えない。
- ⑧ 関心がない (indifference)。
- ⑨ 理論的には立派であるが、取引の費用対効果に基づく判断を行う両当事者にとっては、その検討だけでもかなりの費用が掛かり、その incentive が弱い。
- ⑩ UCC とかなり共通するところがあるが、解釈に必要な判例が十分蓄積されていない。
- ⑪ ほとんどのアメリカの弁護士は、CISG の各条文・規定について時間をかけて学ぶよりも、UCC が存在するため、最初から単純に CISG を排除している、と感じる。その結果として、CISG に詳しい弁護士は増えない。
- ⑫ 不確実性や疑問のリスクを回避するため、排除する。
- ⑬ 理解や学習にコストがかかるため、それを回避するために最初から排除する。
- ⑭ 弁護士の経験として、裁判所は CISG の適用を回避したがる傾向を感じる。おかしいとは思いますが、未知の分野に踏み込みたがらないと感じる。
- ⑮ 国内法があれば、そのほうが利用しやすい。
- ⑯ 予見不可能性 (unpredictability) を回避するため。
- ⑰ UCC とどのように異なっているのか理解しにくい。
- ⑱ 顧客により複雑な問題を引き起こしてしまうため。
- ⑲ 契約時に国内法を採択するのは精通しているためであり、認知しているか否かは、採択の要因ではない。アメリカ法を選択できない場合にのみ (CISG の採択の可能性がでてくる) であろう。
- ⑳ より (専門性が高い) 高度な契約で、大規模な取引の場合、アメリカ人に UCC と同様の満足感を与える法は他にないであろう。

以上が CISG に対して否定的な意見の一覧であるが、これらについて考察

していきたい。アメリカは国内市場自体が大きいと、伝統的にも外国企業と貿易する必要性が高くない、という社会的状況がある。UCCなどは州際取引を統一する趣旨の民商法であり、これは高度に発達整備しているため、アメリカ国内の州際取引は、法制度としても安定しておりビジネス環境も十分に整っている。最近20年ほどで外国との貿易が増えたが、ビジネスの基盤はアメリカ国内にある企業が大半なため、その必要性がごく最近まで国際渉外弁護士も感じなかったのであろう、と思われる。コメントからも、UCCという国内法規定が高度に整備され、また判例によりそれぞれの文脈や文言の解釈がかなり精緻になされその蓄積も十分にあるため、これに優る内容の法は少なく、そもそもその存在を知る必要もない。仮に CISG が非常に優れた内容であるとしても、その条文の学習や調査研究のために、膨大なコストがかかるため、費用対効果の基準からすると、利点が全くない、といったところであろう。

CISG 自体が、理論的に欠陥があったり、内容が不十分であったり、安定性に欠けていたり、公平でない内容や運用、というわけでは全くない。むしろ CISG の優れた面を合理的に評価する意見も多い。ただ CISG をそのように評価する必要性がない、ということだけである。簡潔には、現状の法体系にほぼ問題はなく（UCC は精緻で完成度も安定性も高い）、かつ CISG の必要性がない（外国企業との取引で CISG の要求は現実にはほとんどない）、ということに尽きるとと思われる。不満がなく、必要性もなければ、新たに CISG を積極的に採択、どこか認知する必要性さえもない、といえるであろう。

#### 1.3.4. CISG に対する肯定的・中立的評価

これについても以下、箇条書きにてそのコメント（Q10）を紹介する<sup>111</sup>。

- ① CISG は大変興味深い条約であり、実質的に国際商取引の法として公正で合理的（fair and reasonable）なものである。
- ② 学術的かつ理論的観点から CISG は、国際商取引の契約法として深く洞察されているものであるため、今後の利用が期待される。
- ③ ヨーロッパで CISG が適用される事例は多いが、アメリカではほとんどないため、大変残念だ。
- ④ アメリカ人からすると、CISG は外国法とみなされている。
- ⑤ 一定レベルの統一を実現するためには、何らかの大きな支援が不可欠である。
- ⑥ CISG は貿易の合理的根拠を提供している。ただ問題は、その解釈にお

111 筆者の判断により、原コメントの趣旨を損なわないよう留意し、長いコメントは分割し、類似のコメントは統合した。

いて各国が異なる可能性があることであろう。

- ⑦ CISG は中立的であるため適用しやすく、現実には私は商事仲裁の際に、常に採用している。
- ⑧ アメリカで CISG を適用する主な問題としては、裁判官が外国法の参照を好まず、また CISG は UCC と同類の内容とみなして判断することがある。
- ⑨ 個人的には CISG を好むが、法律家はビジネスのグローバル化に後塵を拝している。
- ⑩ CISG は興味深い試みであり、個々の製品売買よりも、一次産品 (commodities) に適している。
- ⑪ (CISG は) 異なった国の異なった法的枠組みにおける商取引に、懸け橋となるであろう。
- ⑫ 両当事者がアメリカ企業でない場合は、特に有用であろう。

(以下、中立評価)

- ⑬ 不履行に関する規制を標準化することは良い考えであり、理想的には取引コストと訴訟コストの削減につながる。
- ⑭ CISG は良くもなく悪くもなく、UCC 第 2 編と異なっているということではない。
- ⑮ CISG の大きな問題は、アメリカ裁判所による解釈の蓄積がほとんどないことであろう。

以上から、CISG は国際商取引の準拠する契約法規則として、偏っておらず公平で合理的である。またその内容面についても、学術的・理論的にしっかりしており、評価されている。ただアメリカ国内においては、実際の判例がほとんどなく、その解釈をめぐる常に不確定リスクが付随するため、商学的な中長期の費用対効果基準で考えると、積極的な利用メリットは現状では全くない、ということであろう。そうした現状からすると、悪循環のように CISG の利用採択は見込めなくなる。

#### 1.3.5. 実証調査研究からみる CISG 認知度の分析

以上のアンケート結果やそのコメントから、以下のような結論が導かれる。

- ① CISG の存在について、国際取引に携わる弁護士でさえも、その認知度が実質約 2 ～ 3 割程度で、7 割は存在自体を知っている程度。まして国際取引と関係ない純粋なアメリカ国内の案件を主とする弁護士にとっては、その存在自体が知られていないと推測される。



- ② 国際取引に携わっている弁護士でも、現実に CISG 利用等の経験がある弁護士は、内容も含め詳しいが、経験がない弁護士は存在の認知程度で、内容的にはほとんど知らない。
- ③ CISG の内容についてほとんど知らないため、その利用・採択の価値判断の以前に、経済合理性から判断し、当初から排除する傾向にある。
- ④ アメリカでは訴訟において CISG 関連の事例は少なく、法律データベースである LexisNexis でも取り扱った事例は、僅か62件のみ。
- ⑤ 訴訟よりも仲裁での利用が好まれるようである。
- ⑥ 国内法である UCC の完成度が高く、判例等においてその解釈も定着し、安定しているため CISG の利用する動機が生じない。
- ⑦ UCC 以上の法・規則を利用する商学的合理性がないため、普及していない。

CISG への実体的批判はほとんどなく、UCC と乖離した内容の条文は、個々の商取引の状況により検討の必要はあるが、CISG の起草過程、基本的枠組み、学術的な論理整合性からは、評価が高い。またこのアンケート調査の設問自体に、若干違和感を覚える。Q8の「CISG を準拠法として…」などは、その回答からみても誤解しているように思う。その点につき、まず二点確認しておきたい。第一に、CISG は国際条約であり、企業が国際商取引を行い、その契約の準拠法を批准加入国に指定した場合、自動的に適用される法である。条約批准・加入国を準拠法としている状況で、任意加入するという方法はない。また当事者の合意により、任意に CISG 全体や一部条項を排除する (opt out) ことは可能である。また CISG 批准・加入していない国の企業は、当事者の合意により、任意で採択すること (opt in) はできる。第二に、CISG は訴訟では原則準拠法とはならない。国際民事訴訟においては「手続きは法廷地法による」原則によるが、準拠法は当該各国の国際私法により、国が定められる。その国が CISG を批准・加入している場合は、国際商取引については自動的に優先適用される、ということである。ただ、国際商事仲裁においては、それぞれの商事仲裁規則に従うことになるが、準拠法について曖昧なまま実体審議に入り、必要に応じて国家法や CISG を根拠に判断する、という事例は多くみられる。

それでは今後、アメリカにおける CISG の可能性についてまとめていきたい。

- ① 欧州、特にドイツでは CISG の採択の希望が多いという現状から、ドイツは世界一の貿易金額の国で、欧州内の貿易の必要性から、各国の法統一の実現可能性やそのコストを考えると、統一規則の存在は商学的な合理性にも適合する。アメリカにいても、グローバル化の進展により、外国企業との取引が徐々に拡大すると予想されるため、グローバル化が大

きな要因として CISG の普及を促進すると考えられる。

- ② アメリカ国内では CISG の判例や解釈はその蓄積がなく不安定、という意見があるが、CISG のデータベースでは、条文や文言で判例や論文を検索できる程度に蓄積されているため、不安定というほどではない。英米法系のものがほとんどない点については、確かにリスクがあるといえるが、それほど不合理な解釈になるとは想定しがたい。
- ③ CISG は1980年に成立したが、その後一度も修正や変更は行われていない。また CISG の前身は1964年 ULIS と ULF であり、その条文内容の前提となる商取引の状況は、1960年頃を想定している。つまり CISG は電子メールもインターネットもない時代の状況を前提に作成された法規則であるため、アメリカが現実の企業レベルで本格的に利用されることにより、現代および将来にわたる商取引環境に適合した修正への契機として、また研究の深化についても期待したい。

#### 1.3.6. アメリカにおける PICC の認知度

国際商取引のもう一つのルールとして、PICC がある。初めて1994年に公表され以来、2004年、2010年と改訂しつつ20年超が経過し、ヨーロッパではその認知度は比較的高く、UNILEX データベースにおいても CISG と同等に扱われている。現状のアメリカでは、PICC の認知がほとんどされておらず、認知度の低い CISG よりさらに知られていないのが現状である<sup>112</sup>。具体的には、アメリカにおいて PICC に言及された事例は、2 件である<sup>113</sup>。さらにその2件においても実体的な規定には全く言及していない。その貴重な二件について以下、簡潔に紹介する。

- ① The Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.<sup>114</sup>

裁判所は、「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」<sup>115</sup> に基づき仲裁裁定の確認と執行を求められた事例である。ここでは、ICC 仲裁廷が、

112 Henry Deeb Gabriel, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An American Perspective on the Principles and Their Use*, 17 Uniform L. Rev. 507 (2012).

113 *Id.* PICC は任意規定であり、訴訟よりも仲裁における利用が多い。仲裁は非公開が原則であるため、データベース等で収集・把握できる事例は、現実の一部分であるため、現実にはアメリカ国内において PICC に言及されている事例は他にも存在すると推定される。

114 UNILEX Database: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=652>; United States District Court for the Southern District of California, 29 F. Supp. 1168 (1998).

115 わが国やアメリカを含め、ほぼすべての先進国が批准・加入している。「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」“Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (昭和36年7月14日条約第10号)。通称「1958年ニューヨーク条約」といわれる。

国際商取引法の法源として PICC を参照して仲裁裁定がなされたが、アメリカ企業はそうした行為は仲裁廷の権限を逸脱している、という手続き上の主張がなされた。PICC 条項の適否や条文内容などについては全く言及されていない。

② *Krstic v. Princess Cruise Lines*<sup>116</sup>

この事例においても、裁判所はニューヨーク条約に基づき仲裁裁定を履行するよう求められた事例である。ここでは、一方当事者に契約条件を巡る実質的な交渉力がなかったため、アメリカ国内法上および PICC の公平の原則に照らしても、不法である (*unconscionable*) として、アメリカ企業が仲裁裁定の執行に異議申し立てがなされた。裁判所は、当事者の交渉力欠如は、仲裁合意の抗弁にはならないとする判例<sup>117</sup> を引用し、先例に拘束されること指摘し、国内法や PICC が現行法を覆すことはない、とした。

以上の通り、アメリカでは PICC の認知は異常といえる程に低い。また PICC の実質起草者である Bonell 教授と Lando 教授が 2012 年 8 月 29 日 Copenhagen で行われた対談記録を丹念に読んでみても、商取引規則の国際的統一動向について、もっぱら欧州中心に論じており、アメリカへの言及がみられない<sup>118</sup>。ただし 2004 年 5 月に、アメリカ法律家協会 (ALI) と UNIDROIT は共同で「ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure」(2004 年 5 月) を作成し公表している<sup>119</sup>。その目的は、国際紛争において、当事者の手続き的な不明確なリスクを軽減するために共同して作成した、とされる<sup>120</sup>。この ALI は、アメリカにおけるリスティメント事業を精力的に行っている団体であり、アメリカ法曹界においての影響力は大きい。

116 UNILEX Database: <http://www.unilex.info/case.dfm?id=1526>; United States District Court for the Southern District of Florida, 706 Federal Supplement 1271 (2010);

117 *Bautista v. Star Cruises*, 396 Federal Reporter 3d, at 1289 (United States Court of Appeals for the 11<sup>th</sup> Circuit, 2005).

118 Michael Joachim Bonell, *Future Perspective of the Unification of Contract Law in Europe and Worldwide*, 18 Uniform L. Rev. 17-31 (2013).

119 UNIDROIT website: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

120 American Law Institute; ALI, website: <https://www.ali.org/>.

## 第4節 統一規則の必要性和意義

### 1.4.1. はじめに

1990年代の ICT の発展と普及に比例し、国際的な活動を行う政府、非政府組織、多国籍企業、規制当局、企業、業界団体、国際団体等によるグローバル規模での商取引活動が拡大している。現状はこの急展開は激しく、体系的な法規則の完成を待つことなく、個々の状況・必要に応じて作成された各種の自主規則が利用されている。これらを秩序付ける司法的水平性も拡大している状況にある、という<sup>121</sup>。これは本来、国内の法体制を担う裁判所等が、国際化に伴い、国際的な法規則を適用せざるを得ない状況に直面しつつあり、一定の数量を高い質で対応する必要が急務であることを意味している<sup>122</sup>。また理論的支柱となる法的枠組みは、水平的（horizontal）拡大とともに、垂直的（vertical）統合の進展も促し、司法の国際化（judicial transnationalism）といえる現象が静かに進行しているといえるだろう<sup>123</sup>。各地域の法的多様性を尊重しつつ、グローバル規模での法規則は、単一に収斂される動向が加速されつつあるという<sup>124</sup>。それでは以下、具体的にその動向についてみていきたい。

### 1.4.2. 商取引規則の源泉

商取引ルールとは、元来、特定の業界における慣習が積み重ねられ、時代の試練を経ることにより洗練され、後世へ引き継がれたものであり、歴史的に“*Lex Mercatoria*”<sup>125</sup>や“*merchant law*”<sup>126</sup>として特定業界の団体では明文化されたものを中心に利用されてきたものである。経緯から見てこれら商慣習法は、

121 Thomas Bingham, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law* (Cambridge Univ. Press, 2010).

122 Yuval Shany, *National Courts as International Actors: Jurisdictional Implications* [2009] Federalism 2, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1292056&rec=1&srcabs=1669954](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292056&rec=1&srcabs=1669954)

123 Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Trans judicial Communications*, 29 Univ. of Richmond L. Rev. 99 (1994). ここでは司法の国際化につき、商取引や関連法規則が異なる国家間にまたがる水平的拡大、一国内で国内事案と国際事案の統合、これら両方にかかわる拡大（mixed vertical-horizontal）の3分類があるという。

124 Camilla Baasch Andersen, *Defining Uniform in Law*, 12 Uniform L. Rev.5 (2007).

125 Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 Int'l & Comparative L. Quarterly 747 (1985) ; Helen Hartnell, *Living La Vida Lex Mercatoria*, 12 Uniform L. Rev.733 (2007) ; Nikitas Hatzimihaili, *The Many Lives- and Faces- of Lex Mercatoria: History of Genealogy in International Business Law*, 71 Law and Contemporary Problems 169 (2008).

126 Albert Thomas Carter, *The Early History of the Law Merchant in England*, 17 Law Quarterly Review 232 (1901); Thomas Scrutton, *General Survey of the History of the Law Merchant* in Various Authors, *Selected Essays in Anglo-American Legal History*, vol.3 (Little Brown & Co., 1909).



業界の自主的規則であり、国家の概念を超えて機能するものであり、現在の PICC やアメリカのリステイトメントに相当し、いわゆる Soft Law といわれるものの原型と考えられる。商慣習や Soft Law は、不明瞭で恣意的、という懐疑的な意見も従来から、特に法学者にみられる<sup>127</sup>。

一般に、CISG は国際条約で強制力があり、PICC は任意の商取引原則だから強制力がない、というように、国家機関による直接的な強制力の有無で区別されることがあるが、商学的観点からはこうした区別にはあまり意味がない。確かに国家法は、主権の及ぶ範囲で判決執行までの手続きが一国内で自己完結する制度であるが、グローバルに展開される商取引では、一国内で完結する、現実的には商取引リスクをほぼ完璧に担保する司法的制度、という前提自体が成立しない。各国の司法判決を外国で執行する国際条約はなく、Hard Law だけでは商取引のリスクを担保しえない。商取引の実務上は、Hard Law でも Soft Law でも、商取引の利益とリスクを担保できる制度であれば、Hard でも Soft でも、その組み合わせでもよく、適時状況に応じ最も効率よく使い分ける、というだけの話になる。現実には国際商事仲裁が利用されている原因の大きな一つは、仲裁裁定がニューヨーク条約加盟国では執行がほぼ担保されていることがある。

統一規則として便宜的に Hard と Soft とに分類するが、商学的にはその一方だけでは不十分で、どちらも相互補完関係にあり、状況に応じてその配分を若干変える程度で、両方ともに重要である、という認識を前提に以下、考察していきたい。

#### 1.4.3. 統一法の意義と機能

CISG を策定した UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）は CISG の前文において、「統一により国際貿易の法的障害を除去し促進するため…」<sup>128</sup> という。またその名称自体がそのものである、私法統一国際協会（UNIDROIT）の目的は、主権国家間における司法の調和と調整（harmonize and co-ordinate）を行い、統一した私法規則（uniform rules of private law）の世界的な採択に備えるため、という<sup>129</sup>。こうした国際商取引において採択されることを目的とした

127 例えば次の文献参照。Kenneth Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 Int'l Organization 421 (2000); Anna Di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, 54 American J. of Comparative Law 499 (2006); Matthias Goldmann, *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*, 25 Leiden J. of Int'l Law 335 (2012).

128 Preamble to the CISG: …contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote development of international trade…

129 UNIDROIT website 前掲注119参照。



統一法・規則は、グローバル化が進展している現在、本質的にその必要性が高まると考えられ、ただそうした統一法・規則は、各国法の妥協的産物になるというわけではなく、現実には西洋的法体系を骨格とした、その価値観を中心に集約・微調整になるのではないかとする<sup>130</sup>。またその手続きとして、「国家の伝統的な法を創造する機能の重要性が低下するにつれて、地理的分類 (geographic criteria) から、機能的分類 (functional criteria) へと急速移行している」という<sup>131</sup>。また「現在の国民国家 (nation states) は、機能的に各部分に分解されつつあるのではないかとする。裁判所、行政機構、立法組織等は、海外の相応部署と連携しつつ、新規の一国政府を超えた秩序 (a new trans governmental order) を構成する綿密な関係を築きつつある」ともいう<sup>132</sup>。

近年の商取引のグローバル化が急展開する状況において、一国主権国家内で自己完結することが困難な事例が多くなってきていることは事実であろう。例えば、インターネット上の商取引行為、移転価格税制、富裕層の海外流出、知的財産権の取り扱い、情報管理、不正資金の海外送金、各種規制薬物に関する実体的基準・手続き・運用など多数あげられ、一国内の立法措置と行政機関の対応だけでは、主権範囲を超越してしまう。

各国の行政機関のグローバル規模での連携・協力関係の構築も重要であるが、根本的に相手国の善意に基づく制度は、利害関係が一致する範囲では各国は協調するが、対立する事項では直ちに停滞する危険を孕んでいる。国家間の外交という国際政治レベルでは本質的に、対立する利害関係の調整を扱い、基本ゼロサムゲーム、Win-Lose 関係で、交渉コストがかかる。また国家は永続する前提であるため、Win-Lose の判断も線引きが難しい場合が多い。

一方ビジネスの Win-Win 関係は、基本プラスサム、交渉コストは利益以下、根本的に自発的・自律的制度であり、国際政治とは正反対に機能する。統一規則でいうと、政治的な一国の法律や条約は、縦軸中心の Hard Law、商学的な業者間の規則や取引原則は横軸中心の Soft Law、という構造を理解し、両者の性質特徴を正しく把握した上で、状況により使い分けることが重要である。

#### 1.4.4. 機能主義的法規則とその種類

国際商取引の現場では、国際商業会議所 (International Chamber of

130 Andersen, *supra* note 124, at 8.

131 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, as translated by Vivian Curran, *A Comparative Perspective of the CISG*, 2 *Cile Studies*, The CISG and the Business Lawyer: The UNCITRAL Digest as a Contract Drafting Fool (2006).

132 A Slaughter, *The New Real World Order*, 76 *Foreign Affairs* 183 (1997).

Commerce; ICC) の Incoterms、信用状統一規則 (UCP)、また特定業界における規格や専門用語、標準約款など実に様々な取引規則・原則を利用している。根本理由は、便利であり、交渉コストを劇的に下げ、費用対効果が高いからである。これら商取引で利用される法、規則について三つに分類する考え方があり、以下紹介したい<sup>133</sup>。

第一に、Hard Law、これは公的な立法化の手続きに従って成立したものであり、法律や条約などがある。第二に、Soft Law、これは手続きに特徴があり、公的な立法化手続きではなく、あくまで私的な手続きで作成されたもので、かつ特定の団体・業界を対象とするものではなく、一般的な法・規則・取引原則のことをいう。たとえば PICC やリスティメントなどが該当する。第三に、Softer Law、これは特定の業界団体のみににおいて利用される特定の商慣習 (business practice) であり、ICC の UCP などがある<sup>134</sup>。ただし一般には Softer Law は馴染みがないため、Soft Law に含めて利用されている。

Hard Law は政治的性格があるため、その統一コストは膨大になり、かつ硬直的な傾向がある。公法的な条約であればあまり臨機応変に解釈運用されると好ましくないが、私法的な条約では、商取引や経済状況の変化により機動的な解釈運用が必要となる場合がある。一国内であれば、政令や省令、通達等の行政措置で運用できる面もあるが、国際的な条約であれば、恣意的になってしまうため、好ましくない。こうした点が、Hard Law の持つ本質的な限界であると筆者は考える。

商取引は常に費用対効果の最大化が求められるため、コスト削減も両輪の一つを担う重要な要因である。費用対効果が負になる可能性があるものや、潜在的风险も含めコストが大きい場合、つまり中長期の採算ベースに乗らない取引や制度は利用されず、検討に値しない。国際商取引は、国内のそれと比較してどの程度の付加コストがかかるかについては、商品価格の 4～7% 程度というデータがあり<sup>135</sup>、主として書類作成や交渉のコストであり、紛争に関するコストは含まれていないため、問題が発生した場合には別途コストが発生することになる<sup>136</sup>。

133 L. Mistelis, *Is Harmonisation a Necessary Evil?* in *Foundation and Perspectives of International Trade Law* 1-35-40 (2000); L. Mistelis, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonisation, Legal Transplants and Law Reform-some fundamental observations*, 34 *International Lawyer* 1055-1069 (2000), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelil.html>.

134 “Softer Law” という文言は他の文献では見かけない。そうした分類研究も興味深い面もあるが、本稿では Soft Law に統合する。

135 U.N.C.I.D. *Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Tele-Transmission* 7, ICC Pub. No.452 (1988).

136 Andersen, *supra* note 124, at 23.

グローバルな統一法を実現したことによるコストについて、明確な統計データはないとされるが<sup>137</sup>、Hard Law や Soft Law については、国や業界団体が作成するため、直接的な負担は一般的にはない。悪く言うとタダ乗りできる制度であるが、ただ質が伴っていないと潜在的な問題発生コストがかかることになる。商学的観点からすると、潜在リスクの算定も含め、Hard Law であれ Soft Law であれ、慎重に見極める必要がある。

また学者によっては、国際商取引に関する私法統一に反対する主張もあり、Hard Law 分野の統一はそれ自体、合意形成が困難であるという性質を持つ。反対派の主張は、次の11つある<sup>138</sup>。

- ① 妥協的内容になるため、首尾一貫した論理的内容になりにくい。
- ② 熟考しない契約書作成を促進してしまう。
- ③ 統一法は理想・幻想で、実現は不可能。
- ④ 統一法の解釈には、各国により異なり多様になる。
- ⑤ 過度に外国の解釈に頼ってしまう。
- ⑥ 統一法の完成は、究極には外交的色彩を帯びる。
- ⑦ 英語以外の言語にする場合、同一概念を完全に置き換えることは難しく、曖昧さ、誤解、欠陥を招く。
- ⑧ 国際条約は、成熟期間を必要とするため、激動する商取引に馴染まない。
- ⑨ 国内法は機動的に修正可能。
- ⑩ 多様性それ自体に価値がある。
- ⑪ 法律の専門用語は、他の言語に換算しえない。

以上の意見は大変興味深く、多くでその真理をついており、感心する項目も多い。ただ商学的観点からすると、完璧を求めすぎている気がしてならない<sup>139</sup>。全般的な経済効果からすると、共通の法的認識に基づき貿易が促進されることは、新たな市場を創造し、より便利快適になり、各産業が相互に好影響を受ける、というプラスサム効果をもたらす<sup>140</sup>。貿易取引には不確実性の要因が構造的に多々存在するため、Soft Law 分野では商人の日々の知恵から、それらを

137 *Id* at 23 n.41. (…We have yet to see any clear statistics from the realm of law and economic statistics which prove that uniform laws cut transaction cost...).

138 Sandeep Gopalan, *Transnational Commercial Law: The Way Forward*, American Univ. Int'l L. Rev. 802, 806 (2003).

139 Hard Law は住宅でいうと骨格であり、国家法は縦軸の（最近はほぼないが）大黒柱、国際条約は横軸の梁にあたる。最低限（建築基準法上）の基準を満たした供給も必要で、予想を超える天災地変は別途対応、が合理的であろう。骨格だけでは人間は住むことができず、細かな補強や梁、設備や内装を整えて初めて住むことができる邸宅「住宅」になる。

140 John Linarelli, *The Economics of Uniform Law and Uniform Law Making*, 48 Mayne L. Rev. 1387-1447 (2003).

回避軽減するための現実的な実利的制度として自発的な ICC の Incoterms や UCP600などが発展している。Hard Law 分野においても不確定な法制度はそれ自体がコスト増となり、紛争関連の法的リスク回避・軽減の点から、グローバルな統一法作成の incentive が構造的に存在する<sup>141</sup>、といえる。

#### 1.4.5. 商学的観点からの Hard Law と Soft Law

Hard Law は、条文規定では首尾一貫した論理により精緻な体系が厳格に要求される。また外交的側面が強く、また費用や時間的な制約が柔軟であるため、完成までに膨大なコストがかかりやすく、長期間にわたる傾向にある。また完成した場合も現実的な使い勝手が悪い場合があり商学的に費用対効果が高いといえない場合が多々ある。いわゆる「トップダウン規則」ともいえるだろう<sup>142</sup>。

一方 Soft Law では、作成の動機が現実的要望からのものが多く、現実的な誤解や紛争が発生する分野から逐次的にその要望やノウハウが蓄積されることになる。よく言えば現実的で新鮮な内容を含むが、悪く言うと普遍的ではなく断片的で、偏りがちですぐに古くなる、という面もある。Hard Law とは正反対の「ボトムアップ規則」ともいえるであろう<sup>143</sup>。

これらの性質の相違を認識し、両者を優劣やトレードオフの関係でとらえるのではなく、相互補完関係にあることを認識することが重要である。商学的観点からすると、規律する法規則については、その費用対効果が高ければ高いほど有用な制度そして当事者に利用・採択される。その当事者が拡大するにつれ、その輪（利用網）が点から面、さらに時代を超えて空間レベルまで拡大される。そうした空間や平面における規則においては、Hard Law と分類されるものや、Soft Law と分類されるものがあるが、当事者からすると意識せず、その利便性により利用しているだけである<sup>144</sup>。現実の商取引においては、その意識においては Soft Law の使用が圧倒的に多いと思われる。貿易取引であれば、主要取引条件の価格では、Incoterms 2010の FOB や CIF を使用し、荷為替手形決済の際は、UCP 600や ICC の取立統一規則を利用している。契約書裏面の一般取引条項として準拠法や紛争解決条項にあたる日本民法やアメリカ UCC、さらに CISG などの Hard Law を意識することはほとんどない<sup>145</sup>。それはある意

141 Anthony T. Kronman, *Contract Law and the State of Nature*, J. of Law, Economics and Organization 1, 4-6 (1985).

142 Jurgen Basedow, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, 12 Uniform L. Rev. 697, 704 (2007).

143 *Id.*

144 Hard Law や Soft Law また Softer Law などの分類は、学者は客観的な体系化を目指して分類しているが、ある意味学者の自己満足という面も一部あると思われる。



味、スムーズに取引を終えることができた、という意味で幸運といえる。ただ確率的には低くても、トラブルが発生すると Soft Law の規定や、本格的な紛争になれば Hard Law の規定に従って解決を図ることになる。例えば国際的な紛争解決手段としては、仲裁が多く利用されるが、ほとんどの国際商事仲裁事例では、仲裁裁定が下された際には当事者は自主的に従うが<sup>146</sup>、訴訟では判決が下されても自主的に従わず、強制執行の手続きをしなければならない場合がある、という<sup>147</sup>。国際商取引では、執行まで含めた現実的な解決手段であることの認識からも、仲裁が選好される理由であろう。この点については、第3章で再度検討したい。

以上から商取引において、Soft Law が利用される理由は次の通り要約できるであろう<sup>148</sup>。

- ① 国際商取引における法規制の目的は、あくまで構造的な法的リスクを回避・軽減するという商学的観点からのものであり、法的論理性を期待しているものではない。
- ② 商慣習や Soft Law は有益であるが、これには国家法の Hard Law の支援が不可欠である。
- ③ 当事者自治の原則が最も効率的であるため、Soft Law が選好される。
- ④ 国際民事訴訟の法手続きが各国で異なり、また不十分であるため、Soft Law の利用が多い。

#### 1.4.6. 本章の小括

1990年代からの IT の発展とインターネット網のグローバル化の急展開により、商取引を取り巻く環境は大きく変化した。個々のビジネス自体でのイノベーションもあるが、それ以上にビジネスを取り巻く環境、具体的には通信や物流、情報処理管理などが激変した、といえるだろう。個別企業レベルで見ると、営業は PC で事務処理を行い、事務作業や日常業務は機械やコンピュータで処理し、海外を含めた外注化による効率化が求められている。

またグローバル化は政治にも影響を与え、個人の行動原理が効率的になる傾

145 筆者の主観的経験であるが、現実の貿易取引では、FOB 等の定型取引条件について、Incoterms を意識せずに、単なる貿易記号として利用している実態を散見し驚くことがある。

146 実際の仲裁では、その審議過程において最終的な仲裁裁定ではなく、その審議過程において和解 (settlement) することが大半である (Gabrielle Kaufmann-Kohler & Victor Bonnin, *Arbitrators as Conciliators: A Statistical Study of the Relation Between an Arbitrator's Role and Legal Background*, 18 ICC Int'l Court of Arbitration Bulletin 79 (2007))。

147 Basedow, *supra* note 142, at 706-707.

148 *Id.* at 713.



向がある。国際商取引分野であれば、各種規制が緩やかで、法手続きの透明性が高く、各種コストが低く、優秀な人材が揃い、税制度が有利な国家へ流入する、という法則である。従来、企業は国家の庇護の下でビジネスを展開する、状況であったが、グローバル化時代においては、企業が主体的に活動拠点となる国を選択する、というパラダイム変換がなされつつあるといえる。そうした状況においては、グローバル化の縦軸である Hard Law への過度な期待はリスクを伴う。

商学的観点からすると、その取引リスク（コスト）削減の意味で、関連する法規則の統一が望ましい。CISG などの Hard Law は法学的な論理整合性が精緻に求められ、Soft Law は商学的観点からの迅速性を含む合理性・効率性が重視される。今後21世紀のグローバル化がより深化拡大が予想される時代においては、両者の有機的な統合運用という観点が重要ではないかと考えている。一方に偏った制度は不安定で危険である。グローバルに見ると詐欺的行為や粉飾、不実表示や犯罪に類するような商取引が行われている国や地域も多数あり、先進国でも一定するそうした企業は存在し、自由市場を歪めてコスト高になる。こうした領域においては Soft Law は無力であり、Hard Law の役割が重要となる。またグローバル化の傾向からは、スピード勝負の迅速性や柔軟性の点からすると、Soft Law の役割が求められる。

田中耕太郎博士が仰られたように、法規則で唯一、世界的に統一可能な分野は商業に関するものである、という<sup>149</sup>。その源泉は「経済的利益」という万国共通の価値観で動いているからであると思う。完全統一や唯一のものではなく、Hard Law や Soft Law についてそれぞれ複数の規則が可能である、と考えている。それでは次章において、その中心となる CISG と PICC についてみていきたい。

---

149 田中耕太郎『世界法の理論』第1巻第5章2節（春秋社、1954年。）筆者が国際商取引分野において統一規則の可能性を探るのは、大学院生時代に触れたこうした一文に真理がある、との直感からである。

## 第2章 国連国際物品売買条約（CISG）と UNIDROIT 国際商事契約原則（PICC）

### 第1節 CISG における商慣習の解釈

#### 2.1.1. はじめに

CISG<sup>1</sup> がわが国で2009年8月より発効することとなった。その適用対象である国際物品売買契約の領域において、現実的にどのような影響が予想されるだろうか。本節では、CISG の対象とされる「物品（goods）」に限定した国際商取引の領域において、従来慣習として利用されてきているものが、CISG 発効によりどのような影響を与えるのかについて、CISG の条文規定、影響力の程度等を分析し、その留意点について商学的観点から提言していきたい。

まず CISG の背景や起草過程をたどりながら CISG の条文に表れていない意図や立場について理解を深めていく。具体的には CISG の源流である ULIS および ULF の条文内容を検討し、特に商慣習に関する規定内容の変遷をたどる。そして CISG 条文を比較対照することにより、CISG の立場、意図、趣旨を導き、商取引の発展にどう寄与するかについて探っていきたい。

次に CISG の商慣習に関する各条文について具体的に検討する。商慣習をどのように解釈しているかについて考察し、また CLOUT や UNILEX といったデータベースを活用し、顕著な具体的紛争事例を取り上げ、実際の裁判・仲裁事例を検討することにより、その傾向について導いていきたい。

次に以上から導かれる結論として、商取引当事者の立場から、商慣習の解釈についてその傾向を探り、その際の留意点や今後の方向性を予測し、商学的観点からの提言を行っていきたい。本節の結論はおおよそ次の通りである。

CISG における商慣習の条文規定については、その源泉である ULIS および ULF の関連条文における文言を実質上、ほぼそのまま CISG 各条文に採択している。これら ULIS および ULF の条文自体の起草過程およびその条文内容を比較検討し、また国際条約としての本質から、各種法体系の妥協により完成されたものであることが理解できる。良く言えば、国際条約として成功裡に成立、悪く言えば内容面で妥協抽象的な性質をもち、不十分で CISG 自体が複雑なものとなった。こうした点に国際条約としての本質的な限界を感じる。

一方で、こうした国際商取引の領域における条約作成の根本的発想は、商取

---

1 The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention). 国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成20年条約8号）。通称「ウィーン売買条約」、「CISG」という。専門書は多数あるが、概要については次の文献参照。「特集 ウィーン売買条約—国際的な物品売買契約に対する意義と影響力—」ジュリスト 第1375号 4頁（2009年4月1日）。

引が国内取引と同様のレベルまで法的障害を回避・低減化することにある。自由な商取引活動は、関係当事者の経済的繁栄をもたらし、結果として先進国間だけではなく、国際分業により開発途上国との商取引が促進され、グローバル規模における生活水準の向上に寄与する、という点にある。

国際商取引における国際条約という **Hard Law** の機能とその限界を十分に認識しつつ、敷衍して商取引に関する各条文の規定文言、さらに **CLOUT** および **UNILEX** にみられる具体的紛争事例からも、商慣習の尊重が裏付けられているといえる。そのため国際商取引における各当事者は、特定の業界団体における商慣習の位置づけを客観的に理解し、その基本的性質とその意図を正確に理解することが重要である。さらに21世紀の国際商取引のキーワードである「グローバル化」が想像以上に重要であり、今後縦軸と横軸で静かに浸透してくるであろう。商学的観点からの幅広い普及・採択という点が国際商取引規則の根幹であり、その相対的重要性が高まっている。国際商取引における **Soft Law** として、**Incoterms** 等の **ICC** の諸規則や **PICC** と、**Hard Law** とわれる **CISG** との相互補完関係の構築が重要である。

### 2.1.2. ULIS の起草経緯

国際商取引を規律するルール・法原則は、その本質がグローバルに展開されるという面から、それらを規律するルールも同様に主権国家ごとではなく、グローバルに統一されたものに準拠することが公平で望ましいといえるだろう。しかし20世紀初頭までは、物品売買を主体とする国際商取引自体の規模が小さく、それゆえ法整備が不十分であったとしても、業界内の秩序維持としての商慣習があれば、実質的な影響はほとんどなかったといえる。

例えば貿易取引における定型取引条件の体系的な整備がなされたのは、1936年の **ICC** による **Incoterms** である。一方、そこで使用されている **FOB** や **CIF** のトレードタームズは18世紀ころから使用されており<sup>2</sup>、イギリスの判例に最初に登場するのは、**FOB** が1812年、**CIF** が1862年である<sup>3</sup>。体系的に整備されるはるか昔から貿易業界では慣習的に利用されていたことから、それほど取引規模が大きくなり、特定の業界内のみの慣習であれば、問題ない。貿易取引の世界ではその他も同様に、例えば海上保険や船荷証券なども商慣習として歴史的に古くから利用されているが、体系的な明文化による整備は比較的最近であり、限定された当事者で、特定の業界内の慣習であれば、**Hard Law** はもち

2 上坂西三『貿易慣習』、『貿易契約』、『貿易実務』（貿易研究第1・2・3部、東洋経済新報社、1959年、1960年、1963年）。

3 朝岡良平『貿易売買と商慣習 定型取引条件の研究』3頁（第3版、東京布井出版、1981年）。

ろんのこと、Soft Law もその必要性は低いといえるだろう。

20世紀には商取引規模が拡張し体系的な法整備の必要性が高まった。そこで伝統的な手法は、国際商取引に適用される法（準拠法）について、各国の国際私法の規定により決定する、というものであった。国際民事訴訟では、現在においても原則、その通りである。これによると各国の国際私法の規定は国内法として各自が独自になされているため、同一事案においても、国際私法の相違により、適用される実体法の指定（準拠法）が異なり、結果としてそれら実体法の相違により、同一事案にもかかわらず判断が異なる、という事態が発生しうる。それゆえ訴訟コストも高くなる可能性が高い<sup>4</sup>。国際私法が地球規模で統一すれば理論的にはこうした事態にはならない。そのため1986年に「国際動産売買契約の準拠法に関するハーグ条約」が成立しているが<sup>5</sup>、各国の国内売買法を国際商取引へ拡張的に適用する方法では、本質的に限界があるといえるだろう。グローバル規模における実体法統一への動向の根底には、国際私法による方法では本質的に限界がある、という認識が重要である<sup>6</sup>。

こうした国際私法の本質的な問題を回避する一つの方法として、各国実体法の統一がある。これによると、各国の国際私法が異なった準拠法を指定した場合でも、適用される実体法自体が同じであれば、法廷管轄地がどの国であっても適用される実体法は、解釈の相違の問題は残るが、ほぼ同じになる<sup>7</sup>。しかし各国における国際統一売買法の各国内における位置づけが明確でないため、限界があり、そのため理論的整合性から適用範囲を国際商取引に限定する「万民法型統一法」という形式が、ULIS および ULF の起草方針の根幹とされ、CISG においても継承されている<sup>8</sup>。

ULIS とは、1964年ハーグ国際動産売買統一条約（Convention relating to A Uniform Law on International Sale of Goods; ULIS）<sup>9</sup> をいい、ULF とは、1964年ハーグ国際動産売買契約の成立に関する条約（Convention relating to A Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods;

4 曾野裕夫「ウイーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリスト 第1375巻4-5頁（2009年4月1日）。

5 松岡博・高杉直・多田望「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約（一九八六年）について」阪大法学 第43巻1号1-68頁（1993年7月）。

6 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法 I－ウイーン売買条約』5頁（法律文化社、2000年）。また ULIS と国際私法との関係については、沢木敬郎「ハーグ売買統一法における国際私法の排除および1955年ハーグ売買国際私法条約」比較法研究 第30巻111頁（比較法学会、1969年）参照。

7 誤解のないように説明を付加すると、準拠法は特定の国家法になるが、国際商取引に優先適用される法（例えば CISG）があり、CISG の規定外の事項については、当該国等の法律が適用される、という意味である。

8 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編、前掲注6、5頁。



ULF)<sup>10</sup>をいう。両条約は、1964年7月1日に成立し、その後、批准国数5か国を満たし1972年8月18日に条約として発効したが、僅か9か国であったため、現実的には全く機能しなかった<sup>11</sup>。その原因はいくつか想定されるが、代表的なものとして、大陸法の特徴である抽象概念を用いて理路整然とした体系を目指したこと、UNIDROIT<sup>12</sup>主体の起草過程から合意形成に偏向がみられた、などがあげられている。端的に言えば、法体系としての完成度は高かったが、大陸法に偏向していたこと、起草・成立過程におけるグローバル規模でのコンセンサスを得る手続き面で問題があったこと、の2点に集約できるであろう<sup>13</sup>。

CISG 起草の際には ULIS 失敗の原因を冷静に分析し、慎重に行われた。条約の成立過程における国際政治の面から、国連という地球規模的組織を中心に進行する枠組みを組み立てた。具体的には、UNIDROIT 主体から、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）が主導することとなった。また条文の起草過程における法学者についても、英米の学者も参加することにより均衡がとれ、より現実的側面を重視し、起草段階の透明度を高め、コンセンサス重視へと転換を図った。そうした方針転換により CISG は1980年成立、1988年発効、2015年9月1日現在で83か国が批准・加入し現在に至っている。

これらの教訓として、条約の根本となる目的は、秩序ある国際商取引の繁栄であり、そのためには幅広い参加者の多数決ではなく、説得を含むコンセンサスを得るプロセスが決定的に重要であること、現実に関与する法体系を構築すること、の2点が導かれる。前者について、法学的にみると、条約を成立させ発効させることで成功といえるかもしれない。それだけであれば、技術的な問題で多数派工作をすれば達成できる。しかしそれでは ULIS と同じ轍を踏むことになり、商学的には意味がなく、むしろコスト倒れでマイナスである。現実の

9 ULIS および ULF の邦訳は、次の文献参照。谷川久「有体動産の国際的売買についての統一法（仮訳）」海外商事法務 第59巻2頁（1967年5月）；「付録Ⅱ 有体動産の国債売買についての統一法」比較法研究 第30巻83頁（比較法学会、1969年）。ULIS および ULF の概要については（文献自体ほとんどない）次の文献参照。「特集 1964年ヘーグ国際動産売買統一法」比較法研究 第30巻3-139頁（1969年5月）。

10 邦訳については次の文献参照。谷川久「有体動産の国際的売買契約の成立についての統一法」海外商事法務 第59巻17頁（1967年5月）。ちなみに「海外商事法務」は現在の「国際商事法務」の前身にあたる。

11 UNIDROIT website: <http://www.unidroit.org/status-ulis-1964>. Belgium, France（署名のみ批准せず）、Gambia（加入）、Germany, Greece（署名のみ批准せず）、Holy See（署名のみ批准せず）、Hungary（署名のみ批准せず）、Israel, Italy, Luxembourg, Netherlands, San Marino, United Kingdom の批准・加入9か国。興味深いことに CISG 不採択のイギリスは、ULIS&ULF は批准している。

12 UNIDROIT（International Institute for the Unification of Private Law）の本部はイタリアにあり、当時の参加者はヨーロッパの著名法学者が中心であった。

13 経緯については、喜多川篤典「総論—世界における取引法の統一ないし調和の現段階」比較法研究 第30巻3頁（比較法学会、1969年）参照。



国際商取引の実務において、当事者が積極的に利用したい（公平性や透明性）内容を目指し、それを他国にも説得する理屈を立てることが重要であり、商取引分野における条約の発効自体には意味がない。後者については、20世紀の世界貿易は英米が質量ともに大きな割合を占めている現状から、英米の法制度や法学者の取り込みが不可欠である。

法・規則を現実の商取引において有用な内容に充実させることと、それらを合意として体系的にまとめ上げていく外交・政治プロセスを慎重に構築すること、の2点が重要である。特に核となる概念は、グローバルに共通する商学的な「実利的価値」であろう。

次に商慣習に関する条文について ULIS と CISG について比較的に考察していきたい。

### 2.1.3. CISG 第9条1項の比較検討

当該条文では、両当事者は、当事者間で確立した慣習や合意したすべての慣行に拘束され、これは第4条および第6条の当事者自治の原則から導かれる。以下具体的に比較する（下線は筆者により、下線部が異なる）。

CISG art. 9 (1): The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have been established between parties.

（当事者は、合意した慣習および当事者間で確立した慣行に拘束される）<sup>14</sup>

ULIS art. 9 (1): The Parties shall be bound by any usage which they have expressly or impliedly made applicable to their contract and by any practices which they have established between themselves.

（当事者は、自ら明示的または黙示的にその契約に適用されるものとした一切の慣行および当事者間に確立された慣例により拘束される）<sup>15</sup>

上記から、CISG は ULIS 条文をほぼそのまま引き継いでおり、下線部分の文言が削除されている程度である。ULIS では、明示もしくは黙示の慣習について広くその効力が認められていたが、CISG 制定過程において、慣習は地域ごとに大きく異なり、特に先進諸国と開発途上国との商取引では、当該慣習に不慣れな後者にとって不利になる、という意見から、CISG では削除された。

14 訳文は、「[資料]国際物品売買契約に関する国連条約（平成20年条約第8号、通称：ウィーン売買条約）」ジュリスト 第1375号43-44頁（2009年4月1日）による。

15 訳文は、谷川久、前掲注9、2-3頁による。詳細な解説は次の文献参照。Leo D'Arcy, Carole Murray & Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade* §32-024 at 682-683 (10<sup>th</sup> ed. 2000).

ただし同条2項において、当該業界内の周知と、通常は国際的にも遵守されている場合には拘束される可能性がある、という文言が規定され、当該条文の内容に落ち着いた、という<sup>16</sup>。

例えば、貿易取引で通常利用される FOB 等の Incoterms の定型取引条件も、当事者の明示の言及や合意がなければ、自動的に採択適用されるというものではなく、契約書においてその採用を明示することが好ましい<sup>17</sup>。ただし売買契約の交渉自体が電話や電子メールでのみ行われ、主要取引条件のみ合意し契約が成立した場合については、FOB 等の定型取引条件の解釈について「契約で明示的に合意する」こと自体が困難であるため、その方式については個々の取引において検討する必要があるであろう<sup>18</sup>。貿易取引では Incoterms の定型取引条件の採択により、危険と費用負担が明確で交渉コストも縮小できるため、商取引自体を活発に促進する機能が大きい。そうした利便性が圧倒的に高いため、国際的な物品売買契約において最も利用頻度の高い、かつ地球規模で最も普及している商慣習であるといえる。

この世界的にも最も普及し利用されている規則についても、慎重を期して契約書で明示すべきである、とすると、他のすべての任意規則を明示すべきこととなる。そうすると CISG 第9条の規定する商慣習はどういった具体的な規則を想定しているのか、さらに当該条文で商慣習を規定する意味や必要性はあるのか、という根本的な疑問に至ってしまう<sup>19</sup>。確かにアメリカでは現在においても、1941年改正米国貿易定義 (Revised Trade Definitions of America 1941) が利用されている貿易取引が散見されるため、特にアメリカ企業と定型取引条件を利用した取引をする際には、事前に必ず確認し、契約書等においてもその

16 商慣習に関する規定の変遷については次の文献が詳しい。Stephan Bainbridge, *Trade Usages in International Sale of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention*, 24 Va. J. Int'l L. 619 (1984).

17 Bernard Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in Thomas E. Carbonneau ed., *Lex Mercatoria and Arbitration* 173, 177 (1998). またインコタームズは既存慣習の集大成だけでなく、先取りした内容を一部含んでおり、また常に遵守されているとは言い難いことから、インコタームズの黙示適用は無理であろう、という (新堀聰「グローバル商取引各論 ウイーン売買条約と貿易実務 (3)」JCA ジャーナル 第54巻5号36、41頁 (2007年5月); 新堀聰「グローバル商取引と国際商事仲裁各論 (8) 貿易実務家のためのウィーン売買条約講義・II」貿易と関税 第55巻6号16頁、21頁 (2007年6月)。

18 例えば、契約書の主要取引条件において、両当事者が FOB 等の定型取引条件を利用している、その解釈は一般取引条件として裏面条項において規定されていることが多い。電話での主要取引条件の合致により契約は成立するが、書面の送付等がない場合は、商慣習による。

19 現実には、商慣習 (usages of trade) は CISG 第9条に優先して適用されるという判例が多くみられる、という (Ch. Pomboukis, *The Concept and Function of Trade Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 25 J. of Law and Commerce 107, 109 n.15)。

根拠となる規則を明示すべきであろう。ただ現実の Incoterms の利用については、そうした定型取引条件について内容を知らない状態で、もしくは間違った理解での誤使用 (misuse) がほとんどである<sup>20</sup>。そうした現状からすると、果たして当事者が正しく理解していない定型取引条件の根拠となる商慣習規則 (Incoterms) を明示的に挿入し契約書に組み入れられた場合、裁判所や仲裁廷はどのように判断するのが妥当であろうか<sup>21</sup>。

CISG における商慣習 (trade usages) について、第 9 条は規範的 (normative) 条文であり、第 8 条 3 項<sup>22</sup> が解釈的 (interpretative) 内容である、という<sup>23</sup>。規範である第 9 条の規定内容は、両当事者の合意により自動的に適用される主観的基準と、商慣習が法的要件を満たしたときに適用されとする客観的基準との妥協的産物であるとされる<sup>24</sup>。これは旧共産圏の代表が、客観的基準のみで判断すると、両当事者が知らない商慣習について、客観的基準を満たせば適用される可能性があることから、反対した経緯がある<sup>25</sup>。またこの慣習は、両者間で遵守されているもののみが該当し、より一般的に普及した慣習は重要ではない、という<sup>26</sup>。ここでいう「両者間で遵守されているもの (Only practices observed between the parties matter)」の解釈は、各種判例から、同様の状況で複

20 例えば Incoterms 2010 における FOB では、運送手段は在来船 (conventional vessel) に限定されているにもかかわらず、複合一貫輸送のコンテナ船や、さらには航空機が指定され利用されている。現実にも多用されている「FOB Narita」(成田港本船渡し価格?) は誤使用で、正しくは「FCA Narita」(成田空港運送人渡し価格) である。日本における初めての大規模なトレードタームズの実態動向調査については、小林晃他著『我が国で使用されるトレード・タームズ (貿易定型取引条件) の動向調査』353-369 頁 (産業経営動向調査研究報告書第 21 号、日本大学経済学部産業経営研究所、1997 年 4 月) 参照。

21 裁判所の商慣習の解釈原則については、次の文献参照。Clayton P. Gillette, *Cooperation and Convention in Contractual Defaults*, 3 S. Cal. Interdisciplinary. L. J. 167, 183-184 (1993). ICC も誤使用については認識しており、Incoterms 2010 本体 (Incoterms® 2010 English Edition, ICC Publication No. 715E, 2010 Edition) において、注意書きがなされているが、実態は一向に変わらないようである。こうした現状について筆者の印象では、関連する日本の学界では意見が二分され、一つは ICC の高説通り実業界に啓発を促す、もう一つは Incoterms の定型取引条件を実態に合わせた内容に修正する、というものである。筆者は後者に賛同する。理由としては、長くなるため簡潔にまとめると、10 年毎の改正ごとに実業界全体が勉強することは困難なこと、現状で 11 もあるルール (2010 年から「条件 terms」ではなく「ルール rule」が正しい) は 5 ルールに集約し内容を実態に合わせる方法が効率的、といったことがある。

22 CISG art. 8(3): In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages, and any subsequent conduct of the parties.

23 Pamboukis, *supra* note 19, at 108.

24 *Id.* at 108-109.

25 Patrick X. Bout, *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1988), at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout/>

数回の取引が行われるだけではなく、一定期間にわたる一定の頻繁性（a certain frequency）が必要とされている<sup>27</sup>。具体的には、初めての取引や、同様の取引を2回程度行うだけでは不十分であり、商取引過程において、両当事者が将来、同様の履行が自然になされると信じる程度にまでされている必要があり、さらに両当事者が当該履行を慣習であると認識していることが前提とされる<sup>28</sup>。またその立証責任は、当該商慣習の存在を主張する当事者が負う、とされる<sup>29</sup>。

またイギリスではSGA第14条4項の規定から、慣習による黙示条件となる要件は次の4点があり、広く受け入れられている、という<sup>30</sup>。

- ① 合理的（reasonable）であること。
- ② 特定の業界で普遍的に受け入れられている（universally acceptable）こと。
- ③ 確立されたもの（certain）であり違法ではないこと。
- ④ 明示もしくは黙示条件と矛盾していないこと

それでは次に、実体的内容を規定しているCISG第9条2項を以下、みていきたい。

#### 2.1.4 CISG 第9条2項の規定

CISGおよびその源泉であるULISの各条文は次の通り。

##### CISG art.9

- (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

##### ULIS art. 9

- (2) They shall also be bound by usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract.

26 Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Part I Ch. II General Provisions, at 144-145 (Second English ed. 2005).

27 *Id.* at 145 n.43. 例えば CLOUT case no.61, 329, 157, 479. UNCITRAL 判例データベース CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html/](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html/)

28 Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., *supra* note 26, at 145.

29 *Id.* at 145 n.50. E.g., CLOUT case 329; 440.

30 A. G. Guest, general editor, *Benjamin's Sale of Goods* 11-004 at 527 n.77 (6<sup>th</sup> ed. 2002). イギリスにおけるこの議論については、同書が詳しい。



In the event of conflict with the present Law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties.

当事者は、また、当事者と同様の地位に置かれた思慮ある者が、その契約に適用されるべきだと考えるのが通常であるような慣行によって拘束される。本法と抵触する場合には、当事者の別段の合意をしていない限り、慣行が優先する。

- (3) Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned.

商取引において共通に使用される契約の用語、条項または様式が用いられている場合には、それらは当該取引において通常与えられる意味に従って解釈されなければならない<sup>31</sup>。

以上の通り CISG 第 9 条 1 項で基本方針、2 項で具体的規定があり、この 2 項で国際売買契約の当事者は、商慣習が各分野で周知され遵守されており、当該分野に従事する当事者は知りうべき立場にある場合には、特定の商慣習に拘束されうる、ということが明確に規定されている<sup>32</sup>。この規定から、新規参入の当事者は、関連する当該業界の慣習を自ら学習する必要性 (*obliged to educate itself on the relevant, widely known practices*) が生ずることとなる<sup>33</sup>。また CISG 第 9 条 2 項の “widely known” の解釈が重要になるが、これについては判例等によりつぎのように固まりつつある。

通常の主観的要件に加え、長期間にわたり周知されているか、または知りうべきとみなされる場合には適用、を基本として、個別事例により微調整する、という<sup>34</sup>。

具体的には、例えば当事者が実際に広く認知しているかは判断基準ではなく、当該産業分野に従事し、当該慣習が幅広く利用されている地理的場所において

31 ULIS art.9 (2) (3)の訳文については、若干硬い文章に感じられるが、前掲注 9、付録 II 有体動産の国債売買についての統一法」比較法研究 第30巻83頁（比較法学会、1969年）による。

32 Gregory C. Walker, *Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts*, 24 J. of Law and Commerce 263, 270 (2005).

33 *Id.* at 270.

34 *Id.* また ULIS の規定は合理性 (*reasonableness*) の基準であったが、CISG では客観的基準 (*objective*) を採用している。ただ現実には合理性と主観的基準も取り入れて解釈しているという (Bainbridge, *supra* note 16, at 653-655)。



活動している場合には、商慣習は当事者を拘束する、という推定的（*constructive*）な規定であり、こうした解釈は実際のオーストリアで支持された判例がある<sup>35</sup>。学説や判例で一致するところでは、当条項の規定は、当該分野の国際商取引の慣習として幅広く知られていることを一般的に規定しており、関係当事者の全員の認知や、世界的レベルでの認知を示すものではない、という<sup>36</sup>。また逆に、特定地域の商慣習であっても、国際商取引が当該特定地域において行われている場合には、その特定地域における商慣習も認められる可能性もある、という<sup>37</sup>。

国際商取引に密接に関係する商慣習について、例えば ICC の *Incoterms* は、売主と買主の義務を規定しているものとして、裁判所は黙示に（*impliedly*）CISG 第 9 条 2 項により組み入れられている、と解釈される事例もある<sup>38</sup>。ただしこれには反対意見も多数あり、その判断は固まっていないというよりも、個々の事例による要因が大きいといえるだろう。そのため貿易取引で幅広く利用されている *Incoterms* についても、できる限り明示して交渉し、契約書に組み入れたほうが安全である、といえる。逆説的に考えると、CISG の規定で商慣習とされる可能性のある諸規則等は、黙示に契約内容へと組み入れられる可能性があるため、これを防止するためには「明示的な排除規定が必要」とする判例もある<sup>39</sup>。

次に商取引の観点からその解釈の方法についてみていきたい。

#### 2.1.5. CISG における商慣習

当事者が CISG 第 9 条の規定に拘束されるか否かに関わらず、独立して貿易慣習が優先して適用される、と判断されている事例は多数ある<sup>40</sup>。オーストラ

35 Oberster Gerichtshof, Austria, 15 Oct. 1998 [Supreme Court], 191/98x, Case no.240, <http://cisgw3.law.pace.edu/case/981015a3.html/>

36 Michael Joachim Bonell, *Art. 9*, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., *Commentary on the International Sales Law* 104 (1987).

37 Gregory C. Walker, *supra* note 32, at 270-271.

38 BP Oil Int'l Ltd. v. Empresa Estatal Petroles de Ecuador, 332 F. 3d. 333 (5<sup>th</sup> Cir. 2003); St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems & Support, 2002 WL 465312 (S.D.N.Y.2002); UCC Arbitration case No.7645, Mar. 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/case/957645il.html/>

39 Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc. 201 F. Supp. 2d 236 (S.D.N.Y. 2002). CISG 第 6 条の通り、当事者の CISG の全面的排除や各条文の変更は、当事者自治の原則から認められている。

40 例えば、Rechtbank van Koophandel Ieper Belgium, 18 Feb. 2002, <http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/2001-01-29.html>; CLOUT case no.425, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html/>.

リアの事例では、「採用され合意された慣行、確立されている実務や幅広く認知され通常遵守される慣習は、CISG に優先する」という<sup>41</sup>。さらにアルゼンチンの裁判所では、「国際貿易慣習は CISG の規定よりも、階層的に上位にあり優先される」という<sup>42</sup>。これらから商慣習の適用における優先度は、次のように整理できる<sup>43</sup>。

- (a) 適用される準拠法の強行法規規定。
- (b) 当事者が今まで黙示的にその契約に適用してきた商慣習。
- (c) 両当事者が、今まで明示、もしくは黙示に合意していた商慣習または両当事者間で確立された実務的慣行 (CISG art. 9 (1))。
- (d) CISG の当該条文 (CISG art. 9)。
- (e) CISG の根幹となる一般原則規定 (CISG art. 7 (1))。
- (f) 法廷地の国際私法により指定された準拠法の規定 (CISG art. 7 (2))。

以上の階層において、上位から優先して適用される、ということになり、商慣習 (trade usages) と当事者の意思 (the will of the parties) は、強行法規を除き優先する、という原則を示している。これは国際商慣習に規範的価値を認めることにより、実務慣行 (practices) を規定するという主目的を持つ条約を生み出していることになる<sup>44</sup>。

こうした見方は重要である。国際的な商慣習においては従来、閉鎖的な業界内の秩序について、実質的な強制力があり、自己完結的な制度として長年機能してきたが、20世紀の商工業の産業化と国際化が急速に進展したことにより、その限界が顕在化しつつあるとみることができる。従来は自己完結的な制度としての「業界内でのしきたり」や商慣習を「Soft Law」とすると、それだけでは取引秩序を維持することは、困難になりつつあり、強制力を担保する手段と

41 CLOUT case no. 425 “[thus] adopted, agreed usages, established practices and widely known and regularly observed usages prevail over other deviant CISG provisions.”

42 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Argentina, 6 Oct.1994, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=178&step=abstract/>

43 Pampoukis, *supra* note 19, at 110.

a) The mandatory provisions of the applicable national law.

b) The trade usages that the parties have impliedly made applicable to their contract (CISG art. 9 (2)).

c) The trade usages to which the parties have explicitly or impliedly agreed or the practices they have been established between themselves (CISG art. 9 (1)).

d) The provisions of the Convention.

e) The general principles underlying the Convention (CISG art.7(1)).

f) The law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum state (CISG art. 7 (2)).

44 Pampoukis, *supra* note 19, at 146.

して、主権国家の司法制度である国際条約等の「Hard Law」との相互補完関係を構築し始めた、と解釈できるであろう。そのため CISG 等の Hard Law は、商慣習を規制する意図は元来なく、単に Soft Law である商慣習について強制力を伴った法的効力を与える根拠を提供するに過ぎない、という<sup>45</sup>。実際に CISG では商慣習や慣行という文言について何ら言及・定義づけされていない<sup>46</sup>。

「商慣習」という文言自体が曖昧に利用されており、usages, rules, practices, custom などがあるが、語源的に多彩な相違を導くことは可能であるが、商取引において、当事者が意識して用語を使い分けているわけではないであろう。要するに、商慣習については、法規則等の Hard Law によって演繹的に規定解釈できるようなものではなく、老当事者の意思、当該取引の状況や経緯、過去の取引事例等から帰納的に推測する、という性質のものといえるだろう。この概念は、本質的に自主自立的なものであり、内在的論理から解釈されるべき性質のものである<sup>47</sup>。単純に当事者間の、明示黙示による合意事項であり、主観的であり、かつ関係性の性質を帯びている。そのため当事者でない第三者がその解釈について関与することは必要なく、当事者間で解決すべき性質のものである。

それでは以下、CISG 第 9 条についてみていきたい。

#### 2.1.6. CISG 第 9 条 1 項に関する事例

当該規定は、当事者が明示的に言及した商慣習については拘束されることを明確にしている。そこでの問題は、明示的ではなく黙示とされる場合の解釈が問題となる。その際の具体的判断基準は、何が確立された慣行 (practices) であるのか、慣行はいつ確立したとされるのか、という二点である。

CISG では前述の通り、慣行について何ら定義していないが、当該慣行が継続されうるとの期待を生じさせる履行過程 (a course of conduct) により確立される、という<sup>48</sup>。過去の商取引で行われた一方当事者の一連の履行行為が、将来同類の取引では、同様の履行がなされると他方当事者の期待が生ずることが一つの判断基準となる。言い換えれば、もし将来、状況が変化すれば、そうした期待は不合理となる場合もある、ということになる<sup>49</sup>。そのため商慣習と

45 *Id.*

46 C. M. Bianca & Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Convention* 111 (1987).

47 *Id.* at 110.

48 Pampoukis, *supra* note 19, at 113.

49 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales* 126 (3d ed. 1999).

認定されるか否かについては、個々の事例ごとの具体的状況によるところが大きい。関連する判例について以下みていきたい。

ICC 仲裁裁判所の事例で、代替部品の早期引き渡しは CISG 第 9 条 1 項の商慣習に該当し、売主は合理的期間内に引き渡し義務を負う、とした判断がある<sup>50</sup>。またフランスの高等裁判所の事例では、長年にわたる慣行 (longstanding practices) に拘束される当事者は、急な不継続 (abrupt discontinuance) について責任を負う、と判断した事例がある<sup>51</sup>。ドイツの裁判所では、支払い場所については両当事者の慣習に従ってなされるべき、との判断がなされている<sup>52</sup>。スイスの裁判所では、過去の取引における慣習が、その存在自体だけでは不十分である、との判断が示されている<sup>53</sup>。

次に、いつ商慣習として確立されたと判断されるべきか、という点について CISG に明確な規定はないが、いくつかの判例があり、過去 2 回ほどの取引では不十分だ、とされた事例がある<sup>54</sup>。また商慣習の存在についての立証責任は、判例から、その存在を主張する当事者にある、とされる<sup>55</sup>。アメリカの裁判所では、使用された “Ex Works” 条件は、当事者を拘束する商取引慣習 (a course of dealing) であることの立証責任を、売主 (商慣習の存在を主張している当事者) が十分に果たしていないことを理由として、CISG 第 9 条 1 項の要件を満たさないと判断され、商慣習の存在を認定しなかった<sup>56</sup>。

以上から、CISG 第 9 条 1 項から導かれる判断基準は、商慣習の存在は一定期間にわたり継続していること、ある程度の頻度 (a certain duration and frequency) で行われていること、また具体的な長期間の継続的な契約関係 (long lasting contractual relationships) があり、その内容について当事者が同様の状況においては同様の実務を行うことを両当事者が期待できるレベルであること、という<sup>57</sup>。要点は、“long lasting relationships” と “a number of sale, frequency”

50 Court of Arbitration of the ICC, Case No.8611, 23 Jan.1997.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611il.html>.

51 CLOUT case No.202, Cour d'appel de Grenoble, France, 13 Sep.1995,

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/9950913fl.html>.

52 CLOUT case No.363, Landgericht Bielefeld, Germany, 24 Nov. 1998,

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981124gl.html>.

53 CLOUT case No.325, Handelsgericht Zurich, Switzerland, 8 April 1999,

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990408gl.html>.

54 CLOUT case No.360, Amtsgericht Duisburg, Germany, 13 April 2000,

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413gl.html>.

55 CLOUT case No.360; CLOUT case No.347 Oberlandesgericht Dresden, Germany, 9 July 1998,

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980709gl.html>

56 Calzaturificio Claudia S. n. c. v. Olivieri Footwear Ltd., 1998 U. S. Dist. LEXIS 4586, 1 (S.D.N.Y.) April 6, 1998; CLOUT case No. 413 (U. S. Dist., S.D.N.Y.) 6 April 1998.



について、商取引過程から個別具体的に判断される、という点であろう。また存在の立証責任は主張する側にある、という点も留意すべきである。

### 2.1.7. CISG 第 9 条 2 項に関する事例

本条項では、黙示の合意に関する認定と、ICC との関係でどう解釈されるべきか、という二点が検討事項になる。まず条文中の文言である“widely known”、“regularly observed”の解釈について、原則的には両者が現実には、当該商慣習の存在を認識していた (usages that both parties knew) という主観的要因 (subjective element)<sup>58</sup> を主とし、もし存在を認知していない場合でも知りうるべきであった (ought to have known) という客観的要因 (objective element) により判断される、という方式になる。これは当事者の現実的な認識と、特定分野の商慣習との齟齬を調整するものであり、明示に合意がない場合であっても、商慣習を個別取引における当事者の黙示の合意をして類推することにより、効率的な商取引を促進する点にある。オーストリアの事例では、当該地域で商慣習が定着していること、または継続的に当該地域で取引を行っている場合にのみ商慣習が適用しうる (can bind a party) と判断した事例もある<sup>59</sup>。当該地域とは、通常は当事者の営業場所 (place of business) とされる<sup>60</sup>。

ここで根本的な問題がある。慣習 (usage) とは元来、特定の地域で行われ普及しているものをいう文言であり、そうした特定地域や業界分野での商取引慣習 (trade usages) が、グローバル化により世界的に普及している現状から、逆説的には特定の業界や地理的分野で普及していることにつき、一定水準の十分な証明がなされた場合にのみ、当該商慣習を適応しうる、とするのが本筋であろう<sup>61</sup>。CISG は国際商取引をその適用対象としているため、商慣習の国際性を要件としており、判例もこうした原則に基づく判断をしている<sup>62</sup>。ドイツの事例では、CISG は商慣習が契約に組み入れられるためには、国際的であること (to be international) を要件としており、商取引における確認状 (a letter

57 CLOUT case No.217, Handelsgericht Aargau, Switzerland, 26 Sept 1997, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=404&step=Abstract..>

58 この主観的要因は、開発途上国の当事者を保護する意図からのものである (Pampoukis, *supra* note 19, at 119)。

59 CLOUT case No.425, Oberster Gerichtshof, Austria, 21 Mar.2000, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=Abstract>

60 Willibald Posch & Thomas Petz, *Austrian Cases on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, J. Int'l Com. L. & Arb.1, 9-10 (2002).

61 Honnold, *supra* note 49, at 128; Bainbridge, *supra* note 16, at 658.

62 CLOUT case No.175, Oberlandesgericht Graz, Austria, 9 Nov. 1995, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=370&step=Abstract>

of confirmation) の慣習はドイツでは一般的であるが、一方フランスでは一般的でないため国際性がないと判断し、CISG 第 9 条の商慣習として認められない、と判断している<sup>63</sup>。この国際性の争点は、国際基準 (international standard) として遵守されている事実が、各取引において確立されているか否かにある、という<sup>64</sup>。それでは国際商取引における Incoterms の扱いについてみていきたい。

#### 2.1.8. CISG における Incoterms

国際間における物品売買契約の商慣習を成文化 (codification) した最も重要なものとして、ICC の Incoterms<sup>65</sup> であることは異論がないであろう。そのため CISG における Incoterms の適用解釈については、当事者が FOB 等を使用して取引を行っている場合、CISG 第 9 条 1 項または 2 項により、Incoterms の規定に従うことになる。また Incoterms に関する明示の言及があれば、商慣習か否かを検討する必要はないと解釈すべきである、という<sup>66</sup>。Incoterms は、国際貿易慣習として普及している現状から<sup>67</sup>、アメリカの判例では、明確な言及がない場合でも CISG 第 9 条 2 項により商慣習として認定され拘束される、という<sup>68</sup>。またアメリカの高裁においても、国際貿易の分野で周知されているという事実自体が、CISG 第 9 条 2 項により拘束力がみとめられる、との判断がなされている<sup>69</sup>。またロシアの高等仲裁裁判所 (High Arbitration Court of the Russian Federation) では、契約書の CISG への言及があれば、CISG 第 9 条 1

63 CLOUT case No.276, Oberlandesgericht Frankfurt, Germany, 5 July 1995, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=169&step=Abstract>

64 Pomboukis, *supra* note 19, at 122. ただし当事者の書面等を解釈するにあたっては、CISG 第 8 条 3 項の規定を踏まえた内容でなければならない。CISG art. 8 (3): That in interpreting statements of the parties (including contract provisions) due consideration should be given to all relevant circumstances of the case including ...any practices which the party have established between themselves, usages any subsequent conduct of the parties. (下線は筆者による)

65 2010年より、正しくは、「INCOTERMS®」と大文字で、かつ登録商標の®をつける必要がある。また同様に今まで定型取引条件の「Term(s)」とされてきたものを、正しくは「Rule」としなければならない。本稿では簡潔に表示する。

66 Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 70; Bianca & Bonell, *supra* note 46, at 115.

67 Larry A. DiMatteo et al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 34 NW J. Int'l L. & Bus. 299 (2004).

68 St. Paul Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems, 2002 US Dis. LEXIS 5096 (S. D. N. Y. Mar 26, 2002, CLOUT case no.447).

69 BP Oil Int'l and BP Exploration & Oil Inc. v. Empresa Estatal Petroles de Ecuador, 332 F. 3d. 333 (5<sup>th</sup> Cir. 2003), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=924&step=FullText>. この第 5 巡回区は、貿易中継地として重要な都市 Houston, Dallas, New Orleans を対象としている点でも重要である。

項により適用される、とした<sup>70</sup>。イタリアの裁判所においても、契約において FOB という文言の使用は、CISG 第 9 条による国際商慣習として拘束力を持つ、と判断している<sup>71</sup>。中国の裁判所でも同様の判断がなされている事例がみられる<sup>72</sup>。

以上いくつかの判例を紹介した。Incoterms は国際貿易の分野で圧倒的な認知度を誇っている現状から、当事者がその定型取引条件を使用している場合、明示ないしは黙示にその条件が契約に組み入れられている、と解釈される可能性が高い。そのため逆説的に、貿易取引の当事者は、その詳細について知らない、という主張は認められなくなる。簡潔には、当事者の明示合意があり書面等にも記録があれば、契約成立の一条件として商慣習として認定し、明示の合意なく黙示での利用は、CISG 第 9 条による商慣習と認定し適用すればよい、ということになる。また最も存在感の高い世界的商慣習であるため、その利用においては正しく理解し、最低限の知識を学ぶ責任がある、ということであろう。

#### 2.1.9. 第 1 節の小括

商慣習に関する CISG の条文規定について、その源泉である ULIS と ULF との規定を比較し、また CISG に関する各種判例等を参照しながらその解釈傾向について考察した。元来商慣習とは、当事者の中長期的な費用対効果という商学的観点からのものであり、Hard Law などの条約は、当事者自治の原則をあくまで堅持し、Incoterms のような Soft Law の規定を保証する枠組みとして、CISG にみられるような Hard Law が支援する、という相互補完関係が理解できるであろう。

貿易取引における商慣習の代表的な Incoterms のように、圧倒的に存在感のある慣習は、明確な言及がない場合であっても、商慣習として認定され拘束力を持つ可能性が高い、という傾向を当事者は十分に認識すべきであろう。貿易実務の担当者は、頻繁に CIF 等の定型取引条件を日常的に利用しており、両当事者がその規定内容について正しく理解し、共通の認識があればいいが、残念ながらその内容（売主および買主の権利と義務）にいついて正しく十分に認

70 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation of Chamber of Commerce and Industry, 25 Dec. 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971225rl.html>.

71 Corte di Appello di Genova, Italy, 24 Mar. 1995, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=198&step=Abstract> (Ponboukis, *supra* note 19, at 128 n. 99 & 100).

72 Xiamen Intermediate People's Court, People's Republic of China, 5 Sept. 1994, <http://www.unilex.info/case/cfm?pid=1&do=211&step=Abstract>.

識している当事者は、現実にはごくわずかである。例えばコンテナ複合運送や、航空貨物輸送においても、在来船ルールである“FOB”が使用される、という誤使用が圧倒的に多い。ただこうした現状が悪いと言っているわけでは全くない。間違った理解は本来、紛争が発生した際には、知識に不十分な当事者は、そのコストとして、経済的損失を被ることになる。そこで今後そうした損害を被らないよう、しっかりと勉強しよう、という **incentive** が働き、貿易業界の正しい認識水準が向上するよう機能するはずである。そうならないという現実には、誤用による損害がほとんどない、ということになる。ある意味、両当事者が「同じ間違った理解」という状況であれば、当事者自治の原則によると、その「間違った理解」が「Incoterms の修正型の合意」となり、その「間違った理解」に基づいて判断される可能性がある。そうなると、「正しい」や「間違った」という判断自体が、その基準により異なることになる。こうした点に、Soft Law と Hard Law の限界があり、大げさに言うと、社会科学における完璧な論理的整合性の不可能性（困難性）を感じる。そうした限界を認識するだけでも大切なことではある。

ULIS および ULF は成立・発効したにもかかわらず締約国が僅か9か国となった。法学的には成功したが、商学的には失敗した、という典型例であり、ここから学ぶことは多い。この失敗の根本は、その目的の設定が適切にできていなかったことにある、と考えている。つまり、条約の成立発効という法学的成功は、商学的成功という真の目的のための通過点であり、重要な手段であるという基本構造の理解認識が重要である。商取引に関する国際条約の目的は、商学的な成功、つまり国際商取引に参加するあらゆる国の企業にとって、各種リスクが公平で平等となる環境を整備すること、にある。国際商取引活動においては国内のそれとは異なり、政治、経済政策、法、文化宗教など多くの不確定リスクが多数付随し、その一つの要因である法的リスクを軽減することは、一部分ではあるが、重要なことである。民間企業でできることは、業界団体の任意規則として多数の Soft Law が横軸として機能していると同時に、それを強固に主権国家の権力で支える国際条約などの Hard Law との連携が、グローバル化がさらに深化拡大する将来においては、より重要になってくる。

筆者は伝統的に継承され利用されている商学的利便性の最たるものである「商慣習」について、グローバル化の深化拡大する将来において、その役割や意義について、より広い概念の Soft Law として、また Hard Law との関連について関心がある。伝統をそのまま墨守し続ける必要はないが、FOB が200年以上にわたり時代の変化に対応しながら存続している事実は、何らかの核となる真理が含まれ、それは今後も変わらないであろう、という確信がある。今後



のグローバル化の時代においてその核となる真理を少しずつでも把握できれば、と考えている。

ULIS および ULF の教訓からを学び、一定の成果を出しているのが、CISG といえるであろう。1980年に条約として成立、1988年に発効し、2016年9月現在で83か国・地域が参加している。源流である1964年 ULIS と ULF の9か国とは桁違いである。CISG に関するデータベースも大変充実しており、各条文、判例、関連論文等についての蓄積は発効後28年経過し、充実している。ただ以前から気がかりな点がある。それは、イギリスが参加していない点である。18世紀頃の中から世界貿易で財をなしてきたような歴史を持つ大英帝国が CISG に参加していないのはなぜなのか、という素朴な疑問である。現在の各種保険制度の源流は Lloyd's 海上保険であり、その他国際貿易のルール之源流となる制度は、イギリスに多くある。その疑問を紐解く過程において、ULIS および ULF への批准の事実は興味深い。また逆に ULIS および ULF の3分の2の条文が、ほぼ CISG に引き継がれている事実からすると、条文内容的には不満があるわけではないように思われるため、さらになぜ参加していないのかという疑問が深まる。次節においては、その疑問について紐解いていきたい。

## 第2節 イギリスの不採択にみる CISG の問題

### 2.2.1. はじめに

商取引のグローバル化が急展開する現状において、「ヨーロッパで商取引を展開する企業は、25の裁判管轄の問題に対処しなければならない」<sup>73</sup> という文言が象徴するように、それらを規律する実体面の法体系が整備されつつある。これは欧州統合における法体系の多様性が、本来効率的な欧州単一市場にとって、また欧州における全般的な経済成長にとって、大きな障害の一つである<sup>74</sup>、という認識が根本原因として存在しているからであろう。鳥瞰すると、こうした現象は、欧州だけに限定される問題ではなく、効率的な財・サービスの自由移動を根幹とする商取引がグローバル規模で自由に行われている現在、少なくとも実体法に関する法規則の一定水準での統合は、その必要性が高まっている。

国際的な売買法統一の試みは斬新なものではなく、その検討はすでに1932年頃より欧州の UNIDROIT（私法統一国際協会）が取り組んでおり、その具体的な成果として1964年に ULIS および ULF が国際条約として成立し、発効もしている<sup>75</sup>。ただ参加国が9か国であったため世界貿易の規模には普及せず、法学的な条約成立・発効としては成功したが、商学的な普及・利用にまで至らなかったことから失敗した、といえるであろう<sup>76</sup>。この条約は一定の意義があり、その経緯から学ぶべき教訓は大きく、時期的に貿易自由化が加速する80年代以前の時期であったため、本格的な自由市場経済時代に備えるための検討課題が事前に明確になった意義は大きいといえる。

一般的傾向として、各国の裁判所は国内法の解釈において制定法、判例、研究書などの、外国や国際的な基準を参照することについて消極的である、という<sup>77</sup>。ULIS および ULF の商学的失敗の原因はいろいろと想定されるが、世界的状況から時期尚早で、その必要性が大きくなかったことがある。第二次大戦後は GATT の枠組みによる貿易自由化の潮流から、段階的に自由化され貿易

73 Gerhard Schroder, *Seven Chances for More Growth in Europe*, Handelsblatt (F.R.G.), Oct 26, 2005, at 5, <http://handelsblatt.com/politik/deutschland/sieben-chancen-fuer-mehr-wachstum-in-europe:809371> (22 Pace Int'l L. Rev. 145, 146 (2010)).

74 Nathalie Hofmann, *Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe*, 22 Pace Int'l L. Rev. 145, 146 (2010).

75 詳細は UNIDROIT の web site 参照。 <http://www.unidroit.org/>

76 詳細は、拙稿「貿易商務におけるハードローとソフトロー」JAFTAB 第47号69頁（日本貿易学会研究年報、2010年3月）参照。

77 Ulrich Drobnig, General Report: The Use of Comparative Law by Courts, in Ulrich Drobnig & Sjef Van Erp eds., *The Use of Comparative Law by Courts: XIVth. International Congress of Comparative Law* 3-21 (Kluwer Int'l, 1999)

取引も増加傾向にあったが、まだ東西冷戦による資本主義国と共産圏諸国との貿易は自由でなく、資本主義諸国においても自由化が段階的に進行しつつある途上であり、そのためその商品内容は、資源等の一次産品や特殊なものに限定される傾向が強かった。そのため限定された特殊な商取引については、当該特定業界内の伝統的な標準取引約款や各種ルール<sup>78</sup>が発達し、規模もそれほど大きくないため、それら当該業界内で自己完結できる制度で十分に対応することが可能であった。1971年のニクソンショックにより米ドルは金本位制から外れ、外国為替は固定から自由為替相場になり、その後85年プラザ合意に象徴されるように、西側の資本主義諸国では世界貿易が増加した、という時代背景がある。そうした中、ULIS および ULF の失敗の教訓を生かし、UNIDROIT から UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）へと主体が移り、CISG は1980年に成立、1988年に発効し、2015年9月現在で83か国・地域が参加するまでになった。先進国で批准・加入していない国として近年まで、わが国とイギリスがあげられていたが、わが国は2009年8月1日に71番目の国として発効することとなった。そのため現時点で CISG を批准・加入していない先進国は、残るはイギリスのみとなった<sup>79</sup>。

本節では、イギリスが現在、CISG を採択・加入していない原因について考察する。まずイギリスと CISG との関係を時系列的に振り返り、CISG を採択していない事由に関する文献や判例等を読み解き、CISG の条文に着目しその解釈について検討する。具体的には CISG に規定されている二つの点を取り上げる。第一には、契約違反による契約解除に関する規定（第25条、49条等）について英米法と大陸法の相違を中心に検討する。これら具体的な条文規定を比較検討することにより、イギリスの不採択の原因について考察していきたい。さらに現行の CISG 固有の本質的問題に関する認識を深め、将来的な改正の可能性も視野に入れながら、解釈・運用の課題を明確にしていきたい。またグローバル商取引に関する法規則全般について、Hard Law である CISG だけでなく、Soft Law である PICC などの商取引契約原則を含め、広範な観点から考察し、グローバル商取引時代に最適な規則はどういった形式が好ましいのか、について考察していきたい。本節の結論は簡潔には次の通りである。

イギリスにおいては、国内法である物品売買法（Sale of Goods Act 1979;

78 例えば、特定業界の世界的な標準取引約款として GAFTA（穀物）、また貿易業界では ICC の Incoterms、荷為替信用状、国際複合運送、貨物海上保険など、業界ごとに様々な取引約款が発達し利用されている。

79 CISG を批准・加入していないその他主要国としては、Ireland, Portugal などがある。詳細は UNCITRAL の web site 参照。http://www.uncitral.org

SGA) や関連する文言解釈に関する判例学説の蓄積があるため、CISG 等の国際条約の批准・加入の必要性が高くなかった、という状況が最も大きな要因と考えられ、CISG の未採択の状態が現在に至っている、と考えられる。イギリス国内においては伝統的な英米法的解釈が主流であり、グローバル商取引においても同様であり、例えば貨物海上保険の分野で見られるように、伝統の蓄積が、貿易取引の各領域における安定的発展に寄与している利点も大きい。

一方で近年のグローバル化は ICT (情報通信技術) の広範かつ急速な普及により、イギリスは不採択にもかかわらず、裁判所や個々の企業では CISG に関与する事例が、少しずつみられる現状にある。そのため将来の採否の政治的判断に関わらず、またその判断材料となるためにも、CISG に関する内容面での検討・研究が不可避の段階にある。グローバル商取引の現状という実需に促され、近年のイギリス国内の判例や文献から、まだ積極的な段階にまで至っていないが、各種判事や学者の言動みると、CISG 採択の動きが徐々に拡大傾向にある、と感じられる。そもそも CISG は当事者自治の原則が認められており、各当事者が任意に、個別案件ごとに具体的対応を行うことは自由であり、その利用自体も含め、適用除外の Opt out 手続きも容易である。個人的には、イギリスの国際商取引に関する歴史的英知を CISG にも反映してほしい思いもあり、また国際貿易に影響を与えるという意味でもイギリスにとっても得策であると考えている。

ただ商取引は常に個別具体的な利害関係により判断されるもので、それを取り巻く環境も流動的であるため、あくまで CISG の採択はスタートラインであって、環境整備の一つに過ぎない、という認識が重要である。政治的理念や信条のように金科玉条に奉る存在ではなく、各国は企業がより公平で自由な商取引活動が可能となる社会的環境の確保・整備・研究する責めを負っている。その一端を担う中立的立場にある学術研究者は、CISG に関する制定の経緯、国内外における判例等における解釈、その意義や活用について研究することが使命であり、企業にとって自由な環境を整備していくことが主権国家の役割である。

### 2.2.2. イギリスと CISG との関係

イギリスは CISG の源泉である 1964 年 ULIS および ULF の批准国であり、また歴史的にも CISG の起草および交渉に積極的な役割を果たしている事実をまず確認したい<sup>80</sup>。イギリスは当初から CISG の採択に断固反対していたわけではなく、CISG の公表当初は、貿易相手国の採択状況を冷静にしばらく観察す

80 Bruno Zeller, *The Development of Uniform Laws -Historical Perspective*, 14 Pace Int'l L. Rev.163, 168 (2002).



る、という様子見政策 (policy of wait and see) をとっていた<sup>81</sup>。その後、主要貿易相手国であるアメリカ、オーストラリアおよびヨーロッパの多くの国が採択し発効した状況の1989年および1997年に、イギリス貿易産業省 (Department of Trade and Industry) は、CISG 採択における産業界の意見を求める調査を実施している<sup>82</sup>。その結果の多くは批准に賛成であり、その手続きコストをかけても採択したほうが良い、という意見であった<sup>83</sup>。実際にイギリスにおける物品売買契約に関する権威ある書においても、一部慎重な立場をとる学者もあるが<sup>84</sup>、最終的な採択に好意的なものが多くみられ<sup>85</sup>、採択へ向け議会への働きかけがみられた。しかしその後、議会での進展はみられず、当初は採択手続きの時間的遅れが原因であると考えられていたが、2005年2月57日の貴族院において、イギリス貿易産業省<sup>86</sup> の Lord Sainsbury 氏が、議会手続きを進めつつあるが具体的には進んでいないことの説明があった<sup>87</sup>。そして現段階においても CISG の批准についての積極的な動向はみられていない、という<sup>88</sup>。貿易業者を含む実業界での調査研究や、学者による採択を賛同する意見等もみられるが、まだ特定業界や法曹界における動向では、実質的議論からの反対も根強くあるため<sup>89</sup>、具体的手続きが進んでおらず膠着状態にある、というのが現状であろう。その理由について以下、みていきたい。

81 Barry Nicholas, *The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation?* Lecture at Saggi, Conferenze e Seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero (Center for Comparative and Foreign Law Studies), Mar.1993, Austria.  
<http://servizi.iit.cnr.it/-crdcs/crdcs/frames9.html/>

82 Department of Trade and Industry, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention): A Consultation Document (1997),  
<http://bis.ecgroup.net/Search.aspx/>

83 Alison E. Williams, *Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on International Sales Law in the UK*, in 12 Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 9-57, <http://cisg3.law.pace.edu/cisg/biblio/Williams.html#3/>

84 Hugh Beale et al eds., *Chitty on Contracts* 1291 (vol.2, 29<sup>th</sup> ed. 2004).

85 Carole Murray, David Holloway, Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade* 853 (11<sup>th</sup> ed. 2007); A. G. Guest et al., *Benjamin's Sale of Goods* 4-26 (7<sup>th</sup> ed. 2006).

86 当該名称は当時のもの。現在は Department for Business, Innovation and Skills (BIS)。

87 具体的手続き経緯については次を参照。House of Commons Information Office, Parliamentary Stages of a Government Bill, Factsheet L1(2010),  
<http://www.parliament.uk/documents/uproad/101.pdf/>

88 Sally Moss, *Why the UK has not yet Ratified the CISG*, 25 J. of Law & Commerce 483 (2005).

89 The Hon. Justice James Douglas, *Arbitration of the International Sale of Goods Disputes under the Vienna Convention*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/douglas.html/>

### 2.2.3. CISG 採択への消極的事由

採択に反対する主張は複数みられ、一つには、物品の品質不一致の際、契約解除の規定が、SGA よりも CISG の方がその要件が厳格であるため、特に Commodity 売買<sup>90</sup> の際には不適切である、という<sup>91</sup>。これは CISG 第25条および第49条に関連規定があり、同条項では契約解除の前提要件として、重大な違反 (a fundamental breach) を必要としている。その際、SGA においては、いわゆる完全履行原則 (perfect tender rule) に基づく厳格な品質一致が要求されているため、不一致の際の契約解除は比較的容易であるが、CISG では品質の範囲が、拡大的に解釈される傾向にあるため、契約解除が容易に認められにくい、という問題がある<sup>92</sup>。また同様に、危険移転については、CISG では66-70条に関連規定があるが、貿易の定型取引条件である ICC の Incoterms の各条件においてもその危険移転の時期について明記されているため、それらの解釈の整合性についても懸念がある、という<sup>93</sup>。また CISG 第7条の「信義誠実 (the good faith)」をめぐる解釈についても多くの議論がある。この概念は大陸法では一般的な概念であるが、英米法においてはあまり馴染みがない<sup>94</sup>。以上の二点についてはのちに検討するとして、まず近年においてイギリスで CISG を参照しつつある現状についてみていきたい。

### 2.2.4. イギリスにおける CISG 参照事例

一般に英米法諸国の事例は、大陸法諸国の事例と比較して少なく<sup>95</sup>、特に英米法諸国の裁判所が自国外のものを根拠に判断することはまれであり、万一参照する際は、言語や文化が類似した場合に限定される、という<sup>96</sup>。以下、その例外的事例についてみていきたい。

90 Commodity とは、一般に資源や農産物等の第一次産品のことであり、品質の標準化が可能なものをいう。例えば、原油、アルミニウム、小麦、塩などがある。(Bruno Zeller, *Commodity Sales and the CISG*, in Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeder eds., *Sharing International Law across National Boundaries* (2008)).

91 Michael Bridge, *A Law for International Sales*, 37 H.K.L.J.17, 40 (2007).

92 *Id.* at 22-23.

93 Guide to CISG article 67, Text of Secretariat Commentary on article 79 of the 1978 Draft, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/text/secp/secomm-67.html>

94 アメリカ UCC §1-201, §2-103, Restatement (Second) of Contracts §205などにおいて散見される程度で、元来、対価を伴わない単純な約束も法的に拘束する、というキリスト教的概念にある、という。詳しくは次の文献参照。木下毅『英米契約法の理論 (第2版)』101頁 (東京大学出版会、1985年)。

95 Monica Kilan, *CISG and the Problem with Common Law Jurisdiction*, 10 J. of Transnational L. & Policy 217, 218, <http://www.law.fsu.edu/journals/transnationalvol102/kilan.pdf>

96 Ulrich Drobnig, *supra* note 77, at 3-21.

第一の事案として、イギリスの *Pro Force Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.*<sup>97</sup> では、明示的に CISG と PICC に言及した事例とされる。事実関係は簡潔には次の通り。Pro Force 社（以下、「P 社」とする）は、イギリスの人材紹介業者であり、セメント製造会社である Rugby 社（以下、「R 社」とする）と人材紹介と、設備の清掃を 2 年間の期間で契約をした。書面では、「人材供給に優先的な地位 (preferred superior status)」が明示されており、本書面は、完全合意契約書 (the entire contract) であり、それ以前に口頭および書面で交渉合意した事項を含め、すべてに優先する (supersede all prior representations, agreements, …whether oral or in writing…) とあった。契約を締結し、その数か月後、R 社は P 社との契約で提供される人材を超える採用を行うため、他の人材紹介業者と契約し、取引を開始した。そこで P 社は、契約条件に基づき、追加的な人材募集についても、優先的に相談すべきである、と主張した<sup>98</sup>。一方 R 社は、通常の意味における (in its natural and ordinary meaning) 「人材供給に優先的な地位」の文言は、商業的な優位 (commercial advantage) が認められている、という程度のもので、そうしなければならない義務はない、と主張した<sup>99</sup>。それに対し P 社はさらに、R 社の担当者との交渉によると、R 社は第一に、他の会社に優先して人材供給契約を行う機会を P 社へ与え、第二に、R 社の個々の要件に合致する人材を提供できるよう P 社への合理的な機会を与える義務を負う、と主張した<sup>100</sup>。

高等法院 (High Court) は、P 社は当事者間の契約書以前の交渉を証拠として提出する権利はなく、それは同社の主観的な主張である、と判断した<sup>101</sup>。P 社の控訴を受けて控訴審裁判所 (Court of Appeal) は、高等法院の判断を破棄し、契約前交渉における争点となっている文言について、両当事者の意思を明確にするよう、事実審へ付託した。種々の主張がなされたのち、Arden 判事は、現行法が認めている範囲より拡大して契約前交渉が検討対象になる際には、どの程度の客観性が必要となるのかを慎重に見極める必要があり、契約前交渉を排除し、完全合意条項の文面のみで解釈するイギリスの伝統的な解釈原則は緩和すべきであり、その基準として PICC や CISG の規定も参考にする必要がある、とした<sup>102</sup>。

イギリスにおいても *Reardon Smith Linve v. Yngvar Hansen-Tagen* 事例<sup>103</sup> に

97 [2006] EWCA (Civ.) 69.

98 *Id.* para. [14].

99 *Id.*

100 *Id.* para [19].

101 [2005] EWHC 70 (Q.B.) (Eng.).

102 *Id.* para [57].

において、交渉経緯なく契約が締結されることはなく (No contracts are made in a vacuum)、商取引においては、その目的や背景、文脈・市場についてくみ取るべきである、という意見もみられた<sup>104</sup>。またイギリス法は商取引の活動を支え、紛争解決の予見性となるよう、确实性を促進させるものでもある、という<sup>105</sup>。ただこうした意見も主流ではなく、一般に交渉は困難なものであり、当事者の立場も変化しうるものであるため、合意事項として書面に記録された最終文言のみが、その契約内容であり、それを自然に解釈して確定することのみが重要である、という正統な意見も根強く存在する<sup>106</sup>。ただしこの意見についても、契約時の最後の文書が、明確に将来を予測し規定することは困難であり、現実には曖昧であったり、想定外の事態等については、特定の解釈をする必要性が生じることもある。特に国際商取引においては、状況が急速に変化することが往々にしてあるため、より柔軟な対応が必要ではないか、という<sup>107</sup>。そのため、CISG や、国際的リステイトメントである PICC に規定されているように、当事者間の交渉やその後の行為を含め、関連する事項を参照しつつ解釈する必要があるだろう、という意見が近年出てきている<sup>108</sup>。もしイギリスが厳格な解釈に固執するのであれば、商取引法の分野において、ますます孤立することになるであろう、という意見もみられる<sup>109</sup>。関連する CISG と PICC の規定を以下引用する。

#### CISG art.8

- (1) For the purpose of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been aware what that intent was.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statement made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

---

103 (1976)1. W.L.R.989 (UKHL) (Eng.).

104 *Id.* subsec. Judgement-1.

105 J. Steyn, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 L.Q.R. 433-434 (1979).

106 Prenn. V. Simmonds [1971] 3 All E.R. 237, [1971]1 W.L.R.1381, 1384-1385.

107 Gerard McMeel, *Prior Negotiations and Subsequent Conduct-The Next Step Forward for Contractual Interpretation*, 119 L. Q. R. 272 (2003).

108 *Id.*; Donald Nicholls, *My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words*, 121 L. Q. R. 577, 583 (2005).

109 Nicholls, *supra* note 108, at 37 n.583.



- (3) In determining the intent of the party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

PICC art.4.1

- (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

PICC art.4.2

- (1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

PICC art.4.3

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages

以上の CISG と PICC の規定から、条文解釈においては、主観または客観の一方に偏ることなく、両者を組み合わせた形での合理的解釈を規定しており、主観的基準と合理性基準を適用する際には、当事者間の契約前交渉および契約

締結後の行為を参照するよう、規定されている。こうした手法は、現在の国際商取引の解釈の主流であり (reflects the current prevailing trend)、大陸法および英米法からなるコメンテーターの合意がある、という<sup>110</sup>。こうした規定の解釈にあたり、次にイギリスにおいて懸念される CISG 規定の具体的な二項目について検討していきたい。

### 2.2.5. CISG の契約解除に関する「重大な違反」の解釈

契約解除に関する「重大な違反 (fundamental breach) の解釈について、関連規定は次の通り。

#### CISG art.25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have been foreseen such a result.

要点は、“fundamental breach” の解釈であり、一般的には契約で合意した事項を履行できないことが、当該契約の履行結果に対してどの程度の影響を与え、重大性をもつものであるのか、という価値判断になる。もしその与える影響の程度が大きいと判断されれば、契約を解除することができる。一方その程度が大きいとまでは言えない程度である、と判断された場合には契約を解除できず、損害賠償で対応する、というものである。英米法における condition か warranty か、という解釈判断に相当する<sup>111</sup>。本条文の源泉は、ULIS 第10条である<sup>112</sup>。

以上から、契約違反による影響をどの程度、予測が可能であったのか、また当該契約違反が取引の結果にどの程度の影響を与えたのか、という価値判断をめぐる解釈となる。貿易取引における売主と買主の立場から考察していきたい。

売主の場合、商品の受け渡しが、主観的もしくは客観的にも不可能な場合、

110 E. Allan Farnsworth, *Interpretation of Contract*, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., *Commentary on the International Sales Law: The Vienna Sales Convention* 95-97 (Giuffrè, 1987).

111 G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contracts* 167 (1988).

112 ULIS art.10 (fundamental breach of contract)

For the purpose of the present law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effect.

支払いの留保条件等があるときを除き、履行時期における不引き渡し（non-delivery）の場合、重大な契約違反となる。また契約後の条件変更や、価格変更の交渉のための不引き渡しは、即時に重大な違反とはならず、また間違った仕向地への発送は、必ずしも重大な契約違反とはならず、個々の事情により判断される。また商品の引き渡しを意図的に拒絶しておらず、現実引き渡しが可能であるが、当該行為が遅れている場合を、遅延（late delivery）という<sup>113</sup>。そうした場合は、個々の契約において、商品の引き渡し期日が重大な条件とされているか否かにより、判断される。また商品の引き渡しをすべて完了していない場合には、完全引き渡しが重大な契約上の条件とされているか否か、による。商品の欠陥（defects）の判断については、まだ課題として残されている事項である。

買主の場合、支払いの遅延は、それ自体で重大な違反とはならないが、故意の支払い拒絶や、不払いは重大な違反となり、売主は契約を解除することができる<sup>114</sup>。また一般に、明確な商品引き取りの拒絶、もしくは商品の引き取り不能も重大な契約違反となる<sup>115</sup>。CISG の関連条文は次の通り。

#### CISG art.49

- (1) The buyer may declare the contract avoided:
  - (a) If the failure by the seller to perform any of his obligations under the contractor this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or
  - (b) In case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of Article 47 or declare that he will not deliver within the period so fixed.
- (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:
  - (a) In respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;
  - (b) In respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

---

113 Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 293 (Second English ed. 2005).

114 *Id.* at 297-298.

115 *Id.* at 198.

- (i) After he knew or ought to have known of the breach;
- (ii) After the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of Article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or
- (iii) After the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of Article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

本条文は、売主の契約違反の際に、買主が契約を解除 (avoid) するための条件を明記しており、逆に買主の契約違反に対する売主の契約解除については、第64条1項に規定がある。契約解除の効果は、契約上の両当事者の義務の終結と、引き渡しされた商品や支払われた代金の返還等の原状回復義務 (restitution) を負う。また重大な契約違反のみ、契約解除が認められる<sup>116</sup>。ただ即時に解除が認められるわけではなく、違反が重大で明白な場合 (fundamental and unambiguous) であっても、相手当事者へその旨を伝えなければならない<sup>117</sup>。

また、売主の契約解除を定める CISG 第64条においても同様であり、相手方へその旨通知し、一定期間が経過した後、解除できる<sup>118</sup>。CISG の当該条文の源泉に当たる ULIS 第61条2項および ULIS 第62条1項では、「法律上当然の解除 (ipso facto avoidance)」が規定されていたが、CISG では採用されていないため、その旨を相手方に通知する必要がある。CISG においては、契約解除は売主の最終的な法的救済手段 (ultima ratio) であるため、不利益は損賠賠償等による調整を原則とし、重大な契約違反のみ、しかも通知や追加期間を設定する等の手続きを経て、初めて認められる、という方式である<sup>119</sup>。そのため、ULIS 採択のイギリスにおいては、特にそうした点について懸念があるのであると思われる。

## 2.2.6. 解釈方法と CISG 第7条の解釈<sup>120</sup>

ここでは、いわゆる文理解釈 (literal) と目的論解釈 (purposive) の相違について検討する。対象となる CISG 第7条は次の通り。

116 Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 113, at 575.

117 CISG art. 26: A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

118 Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 113, at 662-670.

119 *Id.*

120 歴史的経緯としては次の通り。ULIS art.17, Geneva Draft 1976, art.13, Vienna Draft 1977 art.13, New York Draft 1978, art.6.



## CISG art.7

- (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.
- (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

CISG の基本的趣旨として、各国の裁判所は、同様の事例で異なる結果を回避するため、その解釈においては、同様の手法（*similar rules*）の適用が必須であるとする。しかし英国の伝統的な文理解釈は、ドイツ大陸法の解釈とは異なっているため、その解釈手法に議論があり、以下それぞれについてみていきたい。

英米法における文理解釈について、イギリスは伝統的に文理解釈であるが、歴史的に三種類に分けられ、文理解釈（*literal rule*）とは、文言の通常自然の意味での解釈、黄金解釈（*golden rule*）とは文理解釈では抽象的で不本意な結果となるときのみ、通常の意味内容を拡大した解釈、修正解釈（*mischief rule*）とは、制定法の欠陥からそれを修正した解釈、という<sup>121</sup>。個々の事例ではこれらの解釈手法を選択し、もしくは相互に重複して解釈するが、契約本来の趣旨が解釈の際に参考にされることはほとんどない、という点に特徴があるといえる<sup>122</sup>。

次に大陸法的目的解釈について、ドイツ法において制定法の解釈は、文言の文理的意味、文脈の文法的構造から、一般的に理解される（*generally accepted*）という<sup>123</sup>。さらに CISG の解釈においては、関係条文の制定経緯を参照し判断する、ということも行われている、という<sup>124</sup>。またドイツ法において、制定法の解釈にあたり、最も柔軟な手法として、目的論的手法（*teleological, teleologische*）が広く受け入れられており、これは判事が結果として、本来の

121 S. H. Bailey et al., *The Modern English Legal System* (5<sup>th</sup> ed. 2007).

122 Kurt Haertel & Dieter Stauder, *On the Interpretation of International Uniform Law*, 2 GRUR Int'l 85, 86 (1982).

123 Reinhard Zimmermann, *Characteristic Aspects of German Legal Culture*, in Mathias Reimann & Joachim Zekoll eds., *Introduction to German Law* 24 (2005).

124 Oberlandesgericht Frankfurt am Main, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=47&step=FullText/> この事例では、Satisfactory quality 基準について、CISG 第35条の採択が拒否された経緯を参照している。

文言から派生しその適用を拡大もしくは縮小するために、制定法の目的意図を探求し解釈することである、とされる<sup>125</sup>。

### 2.2.7. イギリスの近年の解釈傾向

イギリスではかつて、国際条約の採択はイギリス法の発展における一段階であると考え、制定経緯や統一を完成する目的等をあまり考慮せず、文言通りの文法的語法的に解釈する傾向があった、という<sup>126</sup>。しかし近年では、客観的な外部の第三者の関連資料などの充実により<sup>127</sup>、それら資料の参照がみとめられつつある<sup>128</sup>。特に転機となった *Papper v. Hart* 事例の判決以来<sup>129</sup>、議会資料の参照が認められるようになった。近年の傾向について「ロンドンでは目的論的解釈よりも文理解釈を好む傾向は消えたようだ」との意見もみられる<sup>130</sup>。

国際条約の解釈については、*James Buchanan & Co. v. Babco Forwarding & Shipping* 事例<sup>131</sup> と *Fothergill v. Monarch Airlines* 事例<sup>132</sup> の両判決により、国際条約の目的に照らして条文を解釈する傾向が明確になった。前者の事例では、Lord Wilberforce は、国際条約の解釈において、イギリスの方法は狭量、技術的、文理的になされ、一方の大陸法諸国の方法は広義、寛大で、目的にかなって (sensible) なされる両者の手法による相違は、不安定で奇妙である、という<sup>133</sup>。また後者の事例では、立法趣旨を確認するために、制定経緯にまで参照し、既存の研究 (travaux preparatoires) を利用可能な場合には、十分な慎重さと注意をもつことにより (with prudence and caution)、参照することが賢明である、という<sup>134</sup>。

また1969年ウィーン国際法条約 (the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties) が1980年にイギリスで発効したことも大きい。CISG 第31条1項 および CISG 第32条2項<sup>135</sup> において、国際条約の解釈に関する原則について、

125 Nathalie Hoffmann, *supra* note 74, at 145,156.

126 Francis A. Mann, *The Interpretation of Uniform Statute*, 62 L. Q. Rev. 278, 284 (1946).

127 Richard Ward et al., *Walker & Walker's English Legal System* 11 (9<sup>th</sup> ed. 2005).

128 Nathalie Hoffmann, *supra* note 74, at 156.

129 *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* [1932] 3 W. L. R. 1032 (Eng.).

130 Lord Scarman, *The Common Law Judge and the Twentieth Century-Happy Marriage or Irretrievable Breakdown?* 7 Monash U. L. Rev. 1, 6 (1980).

131 [1978] 1 Lloyd's Rep. 119 (Eng.).

132 [1980] 2 Lloyd's Rep. 295, [1980] All E. R. 696 (Eng.),  
<http://www.jus.uio.no/lm/england/fothergill.v.monarch.airlines.html>.

133 *James Buchanan & Co. v. Babco Forwarding & Shipping* [1978] 1 Lloyd's Rep. 123 (Eng.).

134 *Fothergill v. Monarch Airlines* [1980] 2 Lloyd's Rep. 295 (n.95). この事例では、国際航空貨物輸送に関する条約 (いわゆる「ワルソー条約」) について言及している。当該内容については次の文献参照。木下達雄『国際航空貨物運送の理論と実務』(同文館出版、1999年)。

目的論的解釈が明記されている。Fothergill 事例における Lord Diplock<sup>136</sup> 判事は、この条約法の原理は、現存する国際法を条文化したものである、という<sup>137</sup>。また今後の CISG の解釈について、アメリカ、オーストラリア、ニュージーランド等のその他英米法諸国における目的論的解釈が積極的になされるにつれて、イギリスでも浸透していくのではないか、という<sup>138</sup>。

#### 2.2.8. “Good Faith” の概念

ローマの哲学者キケロ (Marcus Tullius Cicero) によると、正義の根本は「信義誠実 (good faith)」であり、これは約束や合意事項に真摯に忠実であること (truth and fidelity to promises and agreements) という<sup>139</sup>。一般に信義誠実とは、真摯、忠実、公平、合理性などの倫理的義務が連想されるが、法的な概念としてはかなり曖昧なものである。歴史的には宗教的概念の影響が大きいと推測されるが、ここでは大陸法と英米法の概念について以下、その相違を中心に示していきたい。

ドイツにおける信義誠実の概念について、ドイツ民法第242条において、債務者は信義誠実に履行するよう義務を負う、という<sup>140</sup>。現在では契約法や不法行為法だけでなく、動産法、公法、手続法においても原則となっている<sup>141</sup>。そのため当事者は、契約の目的を阻害する可能性のあるすべての行為を行わない義務を負っており、契約以前においてもその義務を負う<sup>142</sup>。これは国際間の契約においても同様であり、ドイツ民法第157条では、契約は慣習を考慮しつつ、信義誠実の要件を満たし解釈されるべきものである、とされる。ただしこの概念では具体的な条文解釈を省略し、抽象的概念で導いていく傾向にあるため、慎重さが不可欠である、という<sup>143</sup>。結局ドイツ法における信義誠実は、不正確・不完全・不当な契約条項に対処する際に必要な柔軟な懇書を裁判所に与えてい

135 CISG art. 31(1): A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

136 CISG art.32(2): Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion...

137 [1980] 2 Lloyd's Rep.295.

138 Monica Kilian, *CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions*, 10 J. of Transnational L. & Policy, 217, 233 (2001), <http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol102/kilan.pdf/>

139 Marcus Tullius Cicero, *De Officiis*, (Loeb Classical Library ed., Salter Miller trans. Harv. U. Press.1913), [http://www.constitution.org/rom/de\\_officiis.htm/](http://www.constitution.org/rom/de_officiis.htm/)

140 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* 94 (3d ed. 1999).

141 Nathalie Hoffmann, *supra* note 74, at 160.

142 *Id.*

る、とも解釈できる<sup>144</sup>。過度な信義誠実の拡大利用は、むしろ曖昧さを拡大させることによる予見可能性を低下させ、本来の趣旨から逆に乖離してしまう結果を招く。今後の判例の蓄積により十分明確な水準となることが目指される<sup>145</sup>。

次に英米法における信義誠実の概念について、英米法諸国においても、信義誠実 (good faith) の概念がいくつかの文献で見られるが<sup>146</sup>、商取引における信義誠実とは、事実における正直さと商取引における公平取引原則の順守 (observance of reasonable commercial standard of fair dealing in the trade) のことをいう。またアメリカ UCC 第 1 編 203 条で定められた範囲で効力があり、すべての契約上の義務は、その履行において信義誠実の原則を課している。CISG および PICC に言及した Bobux Marketing v. Raynor Marketing 事例では<sup>147</sup>、信義誠実とは、約束への忠実度であるとされ、少なくとも長期にわたる商取引契約においては信義誠実な履行が義務付けられている。

## 2.2.9. CISG における信義誠実の概念

CISG 第 7 条の信義誠実は、元来二つの意味があり、第一に、国内法の前提概念から自由になること、第二に、解釈原則を補充する (gap filling) ことにある、という<sup>148</sup>。また第 1 項の解釈においては、国際的性質の源泉、実体法統一の促進目的、国際商取引における信義誠実の促進、の三原則があり、前者の二点は国際条約については一般的事項であるが、信義誠実については様々に意見が分かれる<sup>149</sup>。国際条約において信義誠実の文言は近年、見られることが多くなり、特異で少ないという状況になりつつある<sup>150</sup>。ただし現実には英米の文献においてはほとんど見かけず、まだ異質である、という見解も根強い<sup>151</sup>。CISG はそもそも国際的性質や実体法の統一、という実務的な需要により作成

143 Peter Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Lecture at Saggi, Centre for Comparative and Foreign Law Studies (Mar.3, 1997), <http://sevizi.iit.cnr.it/~crdcs/crdcs/frames24.htm>.

144 Nathalie Hoffmann, *supra* note 74, at 162.

145 *Id.* “Good Faith”の概念について、広すぎず狭すぎず程々の範囲設定が、商学的に望ましい、という (Clayton P. Gillette, *Limitations on the Obligation of Good Faith*, 1981 Duke L. J. 619, 649-664.)。

146 Hugh Beale et al., *Chitty on Contracts* 1292 (29<sup>th</sup> ed. 2004).

147 [2002] 1 N.Z.L.R.506, 2001 NALR LEXIS 66 (H.C.), [http://www.ipsofactoj.com/international/2002/Part02?int2002\(2\)-008.htm](http://www.ipsofactoj.com/international/2002/Part02?int2002(2)-008.htm).

148 Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 113, at 94.

149 *Id.* at 95.

150 例えば次の事例。Convention on Agency in the Int'l Sale of Good 1983 (Geneva) art. 6 (1); UNIDROIT Convention on International Factoring of 28 May 1988 (Ottawa) art.4 (1); UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, (12 Dec. 2001) art. 7 (1).

151 Michael Bridge, *International Sale of Goods*, para 2.32 (2009).



されたという背景から、適用可能な水準の文言がないため、実体的な適用は不当で困難である、という<sup>152</sup>。現実の実体的適用は、第16条2項b<sup>153</sup>、第21条2項<sup>154</sup>、第40条<sup>155</sup>、第8条2項<sup>156</sup>などで判断し、これらにより困難な場合に、解釈補充の原則によりその役割が求められる、というのが合理的であろう。

## 2.2.10. 第2節の小括

イギリスの CISG の不採択の事情や事由については以上の通りであるが、簡潔には次の通り。

第一に、貿易業界を含む実業界の意向としては、CISG 採択に好意的である。

第二に、1964年 ULIS および ULF の批准国であることから原理的に CIGS 反対というわけではなく、慎重さが現在にまで至っている。

---

152 E. Allan Farnsworth, *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws*, 3 Tulane J. of Int'l & Comp. L. 47, 56 (1994); Disa Sim, *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Pace L. Sch. Inst. Int'l Com. L. (2001), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html/>

153 CISG art.16

- (1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.
- (2) However, an offer cannot be revoked
  - (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
  - (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

154 CISG art.21

- (1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.
- (2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.

155 CISG art.40

The seller is not entitled to rely on the provisions of article 38 and 29 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.

156 CISG art.8

- (1) For the purpose of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

第三に、議会の手続きまで進んだがその後進展がない状態、という過去の現実から、今後 CISG の批准に全く可能性がない、ということではない。

第四に、国内法である SGA が堅固であるため、国際商取引の事例においても、SGA を拡大解釈し類推適用すれば対応可能であり、採択を急ぐ理由はない。

第五に、法学的な問題として、大陸法概念とのかい離や解釈手法が異なる点があるため、弁護士や法学者を中心に根強い反対論がある。

現状分析としては以上であるが、商取引のグローバル化が急速に拡大している現状においては、Pro Force 事例でみられるように、国際的な物品売買契約の領域においては、中長期的に見ると CISG や PICC のような国際的な法規や商取引原則が基準となり、それが効率的で合理的となる傾向が強まるのではないかと考えている。グローバル化について、筆者は社会科学分野における自然の原理であり、莫大なコストをかけないと不可能なため逆行することはないと考えているため、今後 CISG や PICC の役割は大きくなることはあれ、小さくなる可能性はない、と考えている。商取引分野でのグローバル規模での相互依存・連携関係が、広範にかつ密接になる現状から、イギリスの近年の判例等においても、CISG や PICC への言及や参照が散見されている。これは商取引と取り巻く環境がそうさせているのであり、現実に対応することが、商取引の骨子である。筆者はイギリスにおいても、現実に応えられる形で、10年程度以内には採択するのではないか、と予想している。ただこの批准採択の手続き自体は、あまり重要性を持たないと考えている。ULIS および ULF の教訓から、企業にとってはグローバルに活動するための便利な手段の一つであり、その利用についてメリットがなければ、利用されないだけである。本来グローバルに活動する企業は、世界のどの国・地域においても、できる限り同じ規則・ルールが適用されることで、そのリスクを最小限に抑えることができ、活発な活動が可能となる。そうした本質的な行動原理が変わらない限り、グローバルな規則は必要とされるはずである。

経済学の大前提である、希少な資源の効率的配分という点からも、経済的な利益に基づく商取引活動による機能は、その規模をグローバルに拡大することまた内容を深化させることにより、より大きく向上する。法規則は原則として主権国家の範囲内で策定されるものであるが、一方商取引や経済原則はグローバルに機能し自由に流動するため、その流動を阻害する制度の国家には流入せず（旧共産諸国）、一方で促進する制度の国家には自然と流入する。要するに法規制等は国家の主権に属するものであるため、自由市場制度から逸脱した独自の法制度を採択・維持する自由もあるが、その費用は国民が負担することに

なる（例えば Cuba 共和国）。リスクリターンを、どの立場と期間で把握して判断するか、という問題は政治の課題となる。イギリスの議会手続きまで進んだにもかかわらず、暗礁に乗り上げた現実が想起される。国際商事仲裁においても、PICC とともに CISG も補充規定として参照されており<sup>157</sup>、イギリスにおいても CISG の採択の有無に関わらず、その研究する意義は大きいと考える。

---

157 Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 294-300 (3d ed. Transnational Pub. 2005).

### 第3節 PICC 1994年と PICC 2004年

#### 2.3.1. はじめに

UNIDROIT（私法統一国際協会）<sup>158</sup> は1994年に国際商取引におけるリステイトメント（Restatement）としての性格を持つ UNIDROIT 国際商事契約原則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; PICC）<sup>159</sup> を公表した。これは国際商取引における法規則の規範である国連国際物品売買条約（the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG）と相互補完的な役割を果たしており、10年の実績を経て、その改訂版が2004年4月、UNIDROIT 理事会（governing council）において全会一致で承認され、「PICC 2004」として公表された。本節では、PICC 2004の公表にあたり、PICC 1994の10年間を考察し、その改訂の経緯をたどりながら、PICC 1994と PICC 2004を比較検討する。またアメリカ UCC 第2編およびヨーロッパ契約法（the Principles of European Contract Law; PECL）等との関連も踏まえつつ今後の望ましい国際商取引における法規則・原理について考察する。結論は簡潔には次の通りである。

PICC 2004の内容は、PICC 1994の拡大版といえる。条文自体の修正はほとんどなく、本来は各国の国内法で規定される事項についても積極的に採用し拡大している。これは国際条約である CISG ではその手続き上、かなり困難な取り組みについても、リステイトメントの利点を生かし、純粋に論理整合性から組み立てる試みでありといえるだろう。ただ逆説的に見ると、そうした積極的な拡大が、解釈の多様性を含むことも否めない。ただ新しい事柄には相当のリスクが必然的に伴うため、世界的規模でのリステイトメントという初めての試みにおいては、そうした大胆な積極性を肯定的にとらえ、今後の拡大精緻化の一過程として、評価したい。

#### 2.3.2. PICC 1994の評価

客観的な評価というのは困難であるが、以下統計等に基づき論ずるが、結論から言うと、概ね成功であったと評価できるだろう<sup>160</sup>。その重要な判断基準の

158 International Institute for the Unification of Private Law. 本部はイタリア・ローマにあり、目的は、国家間の私法、特に商事法分野における現代化（modernizing）、調和（harmonizing）、協調（coordinating）の方法を研究すること、という。なお UNIDROIT（ユニドロワ）は、フランス語の名称 “Institut International Pour L’unification Du Droit” による。1924年国際連盟（League of Nations）の附属機関として設立、その後一時消滅したが、1940年に UNIDROIT Statute という多国間合意に基づき設立された。詳細は Web site 参照。UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles International Case Law & Bibliography <http://unidroit.org/>

159 PICC 2004の邦訳は原則、次の文献による。曾野和明他訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』（商事法務、2004年）。



一つとしては、実際にどの程度、国際商取引の実業界で利用されているか、という点である。というのも PICC は法律や条約でもなく、その意義や発効したか否か、などで評価することはできないからである。PICC のような国際統一原則（正確にはリステイトメント）としての民間規則は、それ自体の作成や完成が目的ではなく<sup>161</sup>、実際の国際商取引における具体的な利用に貢献するかが生命線であり、使用されない規則は自己満足であり、その存在意義を失う。業界団体の任意規則などの Soft Law は、その内容の説得力・完成度・充実度が、その成否の大きなカギとなるのであり<sup>162</sup>、最終的には市場によりその評価は明確になる。

データベースである UNILEX<sup>163</sup> によると、2004年3月末までに、PICC に言及した事例は、87件、そのうち69件（79%）が仲裁、18件（21%）が裁判であった<sup>164</sup>。PICC は裁判よりも仲裁での利用が期待され、事実そうになっているが、この仲裁の件数が多いのか少ないのか判断ができないため、世界有数の仲裁機関である ICC 仲裁裁判所<sup>165</sup> と比較する。ICC 仲裁裁判所では1996年から1998年の終わりまでの丸3年間で、720件の仲裁裁定が下され、そのうち PICC 関連は20件に満たない<sup>166</sup>。また1999年から2000年の2年間でも約600件の仲裁裁定が出され、そのうち PICC 関連は14件のみであった<sup>167</sup>。これらから ICC 仲裁

160 Michael Joachim Bonell, *UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, 9 Uniform L. Rev. 5, 6 (2004) “Ten years after their publication, it is fair to say that the success of the UNIDROIT Principles had Exceeded the most optimistic expectations.”  
PICC 1994, PICC 2004の作業部会長であることを割り引いても一定の成果があることは事実であると思う。

161 M. Evans, *Uniform Law: A Bridge Too Far?* Tulane J. of Int'l & Comp. L. 145, 159 (1995).

162 Introduction to the PICC 1994.

163 UNILEX <http://www.unilex.info> 当サイトでは、CISG および PICC に関する判例・仲裁の事例が、年別、国別、条項別に検索でき、abstract, full text（一部）が掲載され、関連する学術論文の文献も充実している。

164 *Id* 仲裁は非公開が原則のため、当事者名や事実関係を省略した内容が多く、また収集されていない事例も多数あると想定される。

165 International Chamber of Commerce International Court of Arbitration,

<http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/> 2003年は123か国1584当事者から仲裁裁判所に580件の仲裁申し立てがあり、369件の裁定が出されている。2002年のアメリカ仲裁協会（AAA）は2002年の国際事例の取扱件数は646件、日本商事仲裁協会（JAA）は2003年の取り扱い件数35件（継続22、新規13）である。仲裁規則についても世界的な統一の傾向にあり、わが国では1985年の「UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法」に準拠した「仲裁法」（平成15年法律138号）が制定されている。詳細は、近藤昌昭他著『仲裁法コメンタール』（商事法務、2003年）参照。

166 Pierre Mayer, *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*, ICC Int'l Court of Arbitration Bulletin（以下「ICC ICAB」と表記）, Special Supplement 105-106 (2002).

167 *Id*.

裁判所の全裁定のうち、PICCの事例は3%以下、となる。全体からするとごく僅かな割合であるが、その内容に着目したい。

これら仲裁に付託した当事者の約80%が国家法でない規則（non-national rules）に基づくことに消極的であった。国際商事仲裁の場合、当該仲裁規則により原則として特定国の法が準拠法となるため、PICCの採択は低くなる。国際商取引において紛争が発生し、それを仲裁に付託する場合、事前に準拠法選択に合意がない場合であっても、当事者は予見可能性が高い、などの理由により、国家法を選択する。当事者の立場からすると、事例が十分に蓄積されていないことから、その条文や文言解釈、条文相互間の関連性、またCISGや国内法との関係等について、不確定で未知であるため、予見不可能なリスクが高い。それゆえPICC 1994が積極的に選択されることは、困難がある。むしろそうした厳しい状況の中で、3%弱を確保していることは、PICCの知名度は低く、信頼性も未知数という不利な状況を総合的に勘案すると、健闘している、といえる。例えば国連条約であるCISGは80年に成立し、発効まで8年、その後判例が100件蓄積されるまでに、約4年かかっているという事実と比較すると、善戦しているといえるだろう。

### 2.3.3. PICCの学界での評判

UNIDROITはPICC 1994の公表前から世界各地でセミナーや討論会（colloquia）を実施し<sup>168</sup>、公表後はより一層積極的に実施しており<sup>169</sup>、また学者の研究論文も数多く<sup>170</sup>、その内容からしてPICC 1994の評価は概ね良好といえるだろう。例えばアメリカ契約法のPerillo教授は、「PICC 1994の起草者は、商取引関係において何が効率的、公正、健全であるのかについて当事者自治を尊重しつつ、市場の仕組みと実務を十分に理解しながら作成している。その意味で法学志向のグローバル化（globalization of legal thinking）への一歩となりうる」<sup>171</sup>という。肯定的な意見の最も大きな要因としては、国際統一法を作成する場合、一般には“Common core approach”が採用されるが、PICCでは、アメリカのリステイトメントと同様の“Better rule approach”を採用していることにある。アメリカのリステイトメント事業の成功を参考にしつつ、さらにその対象をグローバルに、英米法と大陸法の両社を視野に入れた国際慣習法として、

168 Michael Joachim Bonell, *An Introduction Restatement of Contract Law* 232-234 (2d ed. 1997).

169 *Id.* at 232. PICC 1994テキストは、その種のものでは成功といえる3000部以上を売り上げている。また重要なものとして、1998年イギリスのBristolで開催された第15回 International Congress of Comparative Lawでは特別セッションが設定され、UNIDROITの約29人のラボトゥールがPICC 1994は各国国内法と矛盾せず整合性があること等を主張する機会を得た。

170 UNILEX website.

また文字通り Re-state だけでなく Pre-state する、という姿勢に特徴があるといえる。また各国の国内法の制定や改正のため、その資料の役割をも果たしつつある<sup>172</sup>。またアメリカ UCC 第2編 (Sales) の改定においても PICC 1994の条文が、必要に応じて詳細に参照されている、という<sup>173</sup>。アフリカの OHADA (L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires ; アフリカにおけるビジネス法の調和のための機構)<sup>174</sup> からの要請を受け、UNIDROIT は統一法の作成について協力する合意がなされている<sup>175</sup>。また UNIDROIT は1996年9月に利用のアンケート調査を行っており、セミナー等で関心が高い約1000人に質問票を発送し、返送された約240通の回答は、概ね好評であった、という<sup>176</sup>。

### 2.3.4. PICC の利用方法

一般的な利用方法としては、国際商取引における紛争解決手段としてであり、具体的には大きく三つある<sup>177</sup>。

第一に、仲裁においては、紛争解決の準拠法 (the law governing the substance of the dispute) としての利用。これは仲裁手続きの開始時、または当事

171 Joseph M. Perillo, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, 43 Fordham L. Rev. 281,282 (1994). 肯定的な文献は、Bonell, *supra* note 168, at 231 n.5参照。否定的な文献は、Bonell, *supra* note 168 at 186 n.57参照。有益な文献として Michael Joachim Bonell ed., *The UNIDROIT Principles in Practice-case law and bibliography on the Principles of Commercial Contracts* 11-24, 36-41, 43-44, 71-73, 125-126, 163, 183, 201, 257-258, 281, 295, 313-314 (Transnational Pub. 2002) 参照。なお UNILEX website と定期刊行物 Uniform Law Review は必読である。

172 例えば、1995年ロシア連邦の民法典 (the New Civil Code of the Russian Federation) では、PICC 1994の第6章2節がほぼそのまま (almost literally) 採択されている (A. G. Doudko, *Hardship in Contract: the Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia*, 5 Uniform L. Rev. 483 (2000)). その他 Estonia, Lithuania でもすでに一部採択されており、中国では1999年契約法 (the Chinese Contract Law of 1999) 等に採択されている。その他詳細は、Bonell, *supra* note 168, at 170-173, 235-238参照。

173 A. Rosett, *Improving the Uniform Commercial Code*, in Centro Dispute ricerche di diritto comparatoe straniero: Saggi, conferenze e seminari No.29, Rome (1997).

174 OHADA とは、現代に適合的なシンプルなビジネス法 (経済活動関係法) を作成・実施することを決意した、アフリカ諸国が結集した国際的な機関であり、「統一法典」という名称で1993年10月17日に Port Louis で署名された。この条約の制度的枠組みにおいて、超立法府 (超国家) 的な法律を作成する、という方法で運営され、商人の地位、商業登記および動産担保登記、商業賃貸および財産、商事仲介、<http://www.ohada.com/> 商事売買の5つに分かれて規定が整備されている。詳細は OHADA website <http://www.ohada.com/> 参照。

175 Bonell, *supra* note 168, at 8 n.21.

176 返送されてきた回答の3分の2は、契約書の作成や交渉の場で既に利用されていた、という。(Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice: The experience of the First Two Years*, 2 Uniform L. Rev. 34 (1997))

177 Bonell, *supra* note 168, at 12-16.

者の明示的要求によりなされる<sup>178</sup>。また「法の一般原則による」等の合意がある場合、仲裁人 (arbitrator) が、両当事者の国家手的枠組みを超えた (supranational) 規則に権威を認め、従う意思があると判断した場合、PICC を準拠法として指定することもある<sup>179</sup>。アメリカの連邦裁判所の事例では<sup>180</sup>、アメリカの原告が、PICC 1994に基づく仲裁裁定は、ニューヨーク条約第28条5条(1)(c)に違反しており無効である、と主張したが、認められなかった。この判決において今後の指標となる重要な見解が示され、法の一般原則等に関する合意がある場合、仲裁人が PICC を仲裁の準拠法として採用することは可能である、と明示した。また近年の仲裁廷では準拠法の合意がない場合において、PICC を準拠法として単独で採用する事例や、また国内法を準拠法とする場合であっても、関連して PICC を参照・採用する事例が増加している<sup>181</sup>。

第二に、仲裁だけではなく、裁判においても、国際統一法 (international uniform law instrument) を解釈・補完する手段として、PICC の利用がされている。これは当初から予定しており、例えば CISG 第7条2項<sup>182</sup>を根拠に、CISG の解釈手段として利用されている。一部の学者からは、CISG の解釈・補完手段としての利用は、内容的な齟齬をきたすおそれがあるのではないかと危惧されていたが、今のところ裁判や仲裁の両方において、理論的整合性に関する大きな問題は発生していない<sup>183</sup>。むしろ抵抗なく利用される傾向にあり、CISG の根底となる契約一般原則というだけでなく、契約法の根本的問題に対する世界的な解釈根拠としての役割を担いつつある、といえる<sup>184</sup>。さらに商慣習法 (*lex mercatoria*) という性質から、CISG が全く適用されない事例においてさ

178 ICC Award (Partial) No.8331 of Dec.1996; Award of the Int'l Ct. of Arb Chamber of Commerce and Industry of the Russian Fed. of Jan.1997 (Bonell, *supra* note 168, at 481); Award of the Arb. Ct. of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry of 25 Jan.2002 (UNILEX).

179 ICC Award (Partial) No. 7110 of June 1995; ICC Award No.7375 of 5 June 1996; ICC Award NO.7385 of May 1997; ICC Award No.9797 of 28 July 2000.

180 Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense System, Inc. 29 F. Supp. 2d 1168 (1998). 要旨は、Bonell, *supra* note 168, at 571-576参照。

181 Bonell, *supra* note 168, at 13.

182 CISG art. 7 (2)

Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

183 若干の問題が発生した事例として、ICC Award No. 8769 of Dec.1996. (ICC ICAB 1996)

184 Bonell, *supra* note 168, 13-14. 例えば、ICC Award No.9117 of March 1998, 10 ICC ICAB 96, 100 (1999); ICC Award No.8547 of Jan. 1999. 12 ICC ICAB 57, 59 (2001); Award 229 of June 1997 (Bonell, *supra* note 168, at 483); Award 302/1997 of July 1999 (Bonell, *supra* note 168, at 578)



え、PICC が参照され判断される事例さえある<sup>185</sup>。これらから、PICC は国際統一法の解釈・補完原則として機能しているだけでなく、さらに国際商取引における契約法の一般概念の解釈にも積極的に用いられつつあり、国際商取引の急増にともない、予想以上に信頼され利用されているといえるであろう。

第三に、準拠法として選択された国内法の解釈・補完手段としての PICC 利用がある。これは意外に多く、報告事例の半分程度が該当し、多くの裁判例がこれに含まれている。こうした事態は、PICC 1994の前文にみられていないように、想定されていなかった<sup>186</sup>。このように当初、想定されていなかった利用方法が、実務的な需要が大きいことから、PICC 2004では、各国の国内法解釈・補完機能として使用しう旨の文言が、前文に新たに追加された<sup>187</sup>。また国内法の解釈において参考となる項目は、おおよそ次のものがある<sup>188</sup>。

- ① 契約前の交渉における信義誠実の義務に関するもの<sup>189</sup>。
- ② 契約締結後の当事者の行為に関するもの<sup>190</sup>。
- ③ Hardship および Force Majeure に関するもの<sup>191</sup>。
- ④ 重大な違反 (fundamental breach) と<sup>192</sup>、それ以外の違反との区別・判断に関するもの<sup>193</sup>。
- ⑤ 機会の喪失 (loss of chance) に関するもの<sup>194</sup>。
- ⑥ 非金銭的な (non-pecuniary) 損害に関するもの<sup>195</sup>。

また、国内法の解釈に PICC を利用する例は、法や社会制度が十分に整備されていない開発途上国が多い、と想像されがちであるがそうではなく、先進国

185 Bonell, *supra* note 168, at 14. ICC Award no.8502 of Nov.1996, 10 ICC ICAB 72, 73 (1999); ICC Award 9333 of Oct.1998, 10 ICC ICAB 102, 104 (1999).

186 PICC 1994 Preamble, Para4: They (PICC) may provide solution to an issuer raised when it proves impossible to establish the relevant rule of applicable law. Para 5: They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. (カッコ内と下線は筆者)

187 PICC 2004 Preamble Para6: They (PICC 2004) may be used to interpret or supplement to domestic law. (下線は筆者)

188 Francois Dessemontet, *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law*, ICC ICAB, supplement (2002), at 39,47-48.

189 PICC 1994 art.2.1.15 (Negotiation in bad faith).

190 PICC 1994 art.4.3 (Relevant circumstances) (c) The conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract.

191 PICC 1994 art. 6.2.2 (Definition of hardship); PICC 1994 art. 6.2.3 (Effects of hardship); PICC 1994 art.7.1.7 (Force majeure).

192 “fundamental”の訳語は種々あるが、曾野和明他訳、前掲注159、184頁による。

193 PICC 1994 art.7.3.1 (Right to terminate the contract).

194 PICC 1994 art.7.4.3 (Certainty of harm) (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

195 PICC 1994 art.7.4.2 (Full compensation) (2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

の国内法解釈にも多く利用されている<sup>196</sup>。

これは PICC の役割や意義について重要なことを示唆している、と考える。法制度が高度に整備されている先進諸国においては、当然の前提として主権がおよぶ自国領土内の歴史的な蓄積が慣習となり、体系的な条文化により明示されている。地域国家に根付いた法規則を、国際商取引の事例に類推適用することは本来想定していない。ただ国際商取引の事例の準拠法は主権国家が指定される。そのため商取引は国際的である一方、その判断基準は一地域の法規則で判断する、という構造自体に無理がある。一定程度の国際商取引では、国内法規則を類推適用して判断することも可能であるが、昨今の急激なグローバル化の拡大浸透の現状においては、構造的に限界がある。そうした現状において、指針となる解釈基準として、中立的な PICC が必要とされている、と考えれば、こうした現状を論理的にも説明できる。国際的な紛争を合理的に解決するには、両当事者がある程度妥協できる論理的説明や基準が必要であり、公平性の観点からも、特定国家の法ではなく、できれば超国家的な法規則が好ましいと考えられる。国際商取引に関する契約一般原則については、PICC だけではなく、国際条約としての CISG もあり、中立的なグローバル規則の重要性が今後さらに増してくると期待できる。ただ超国家的な規則・取引原則に限定することなく、内容的に優れていれば、例えばアメリカ契約法リステイトメントなども含め（現実に PICC は起草に当たりかなり研究している）、その参照・採択することが、国際商取引における法的リスクを合理的に整理解決する手段になると考えている。

### 2.3.5. PICC 1994の総合的評価

以上から、10年間の実績を検討してきたが、概ね健闘していると評価できるであろう。また1990年代以降の世界的な自由市場経済化による国際商取引の急増に伴い、国際商事仲裁の分野では PICC の認知度も徐々に高まっている。ただし Berger 教授の調査によると、PICC が国内法にとって代わる、というのではなく、国内法と連携して解釈・補完・運用すべきだ、とする意見が多い<sup>197</sup>。今後 PICC の目指すべき方向として、世界規模における契約法の網羅的な完成

196 例えば、ICC Award No.10346 of Dec.2000, 12 ICC ICAB 106; Award of the Int'l Arb. Ct. of the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation 6, Nov. 2002 (UNILEX). その他事例については、Bonell, *supra* note 168, at 33-35参照。

197 Peter Klaus Berger, *The Central Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration-Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law*, [2000] ASA Bulletin 654, 661-662. 解釈として (33%)、補完として (54%) であった。

を、超長期的な目標としておくことは好ましいが、中長期的には各国の国内法では十分に説明できない国際商取引に関する事案につき、まずは争点となる、明確でない、また乖離が生じる可能性がある項目について、重点的に充実を目指していくことが大切である。そうした問題に関連する条文や文言について、判例や仲裁事案を積み重ねることにより、その解釈・運用を安定させ、定期的に再度それらを抽象的な条文に還元する、という作業を丹念に実施していくことが重要である。そうした積み重ねが信頼感を醸成し、支持が広がり盤石になっていく。

それでは具体的にはどういった問題が争点になったのか、次に確認する。過去の事例から、次の7点が導かれる<sup>198</sup>。

- ① Art. 1. 7 (good faith and fair dealing)
- ② Art. 4.1 to 4.5 (main principles of contract interpretation)
- ③ Art. 5. 3 (co-operation between the parties)
- ④ Art. 6.2.1 to 6.2.3 (hardship)
- ⑤ Art. 7.4.3 (certainty of harm)
- ⑥ Art. 7.4.8 (mitigation of harm)
- ⑦ Art. 7.4.9 (interest for failure to pay money)

PICC 2004では上記項目につき、大幅な改訂はなされなかった。条文について若干行われ、それに伴う注釈 (comment) および具体例 (illustration) の改訂・付加が行われた程度である。また PICC が問題解決に十分な役割を果たすことができなかった項目もあり、とくに、従業員の権限 (the authority of an officer of a company)<sup>199</sup> と、出訴期限の消滅 (the extinction of a right because of the expiry of limitation periods)<sup>200</sup> がある。この二つの項目は、PICC 2004で新たに規定された<sup>201</sup>。

### 2.3.6. PICC 2004の起草経緯

PICC 1994を公表した際、UNIDROIT 理事会は、その使用状況を調査し、再検討する必要性を強調していた<sup>202</sup>。そして早くも1997年に拡大した新版を作成

198 Pierre Mayer, *The Role of the UNIDROIT Principles*, ICC ICAB, supplement (2002), at 106-107.

199 Award 302/1997 of 27 July 1999 of the Int'l Arb. Ct. of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (Bonell, *supra* note 171, at 578).

200 ICC Award No.7375 of 5 June 1996, in 11 Measley Int'l. Arb. Rep. 1996, at A-1; ICC Award No.7110 of April 1998, 10 ICC ICAB 54 (1999).

201 それぞれ、PICC 2004, art.2 sec.2 (authority of agents), PICC 2004, art.10 (limitation period).

202 UNIDROIT 1994-C.D. (73) 18, at 22.

する方針で作業を開始することを決定し、17名からなる作業部会（working group）を発足させた<sup>203</sup>。また初の試みとして、UNCITRAL<sup>204</sup>、Milan Chamber of National and International Arbitration, Swiss Arbitration Association の代表者を Observer として作業部会の会合に迎え、コンセンサスを得るよう地味な努力をおこなっている。当初からの基本方針として、PICC 1994の内容を再検討し改訂するのではなく、対象範囲の拡大に重点が置かれ、理事会指令（governing council's mandate）に基づき、次の事項が優先的に検討された<sup>205</sup>。

- ① 代理人の権限（authority of agents）
- ② 第三者の権利（third party rights）
- ③ 相殺（set-off）
- ④ 権利の譲渡（assignment of rights）
- ⑤ 債権債務関係および契約の譲渡（transfer of obligations and assignment of contracts）
- ⑥ 出訴期限と権利放棄（limitation periods and waiver）

作業の手順は PICC 1994と同様、各章ごとに Rapporteur が任命され、各章の Rapporteur は作業部会で決めた方針に基づき、条文（black letter rules）、注釈（comment）、必要に応じて事例（illustration）を予備的に起草し（preliminary draft）準備する。其れを会合で検討し、修正しながら完成させる、という方法で行う。理事会はそれらの進捗状況について常時報告を受け、また各章の修正案に立ち会う機会も設定され<sup>206</sup>、最終的に2004年4月の理事会において、全会一致で了承され、公表された。

### 2.3.7. PICC 1994と PICC 2004の比較

概略は次の通り。（下線部が新規採択、条文数は新規追加分のみ）

---

203 メンバーは、世界から幅広くそれぞれの法制度を代表する人、高度な専門性を持っている、という二点から選抜された。メンバーについては UNIDROIT Principles 2004, x-ix, xvii-xix に記載されている。Chairman として Michael Joachim Bonell (Italy), E. Allan Farnsworth (USA), Michael P. Furmston (UK), Ole Lando (Denmark), Peter Schlechtriem (Germany), 内田貴教授（東京大学（当時））など錚々たる研究者ばかり。

204 United Nations Commission on International Trade Law (国連国際商取引法委員会)。

205 Bonell, *supra* note 160, at 17.

206 PICC 2004 Introduction vii-viii, PICC 1994 Introduction xiv-xvi. PICC 2004各章 Rapporteur は次の通り。前文・第2章2節 Bonell, 第5章2節 Furmston, 第8章 Jauffret-Spinosi, 第9章 Fontaine, 第10章 Schlechtriem.



PICC 1994	PICC 2004	条文数
Preamble	Preamble	
Ch.1 General Provisions	Ch.1 General Provisions	2
Ch.2 Formation	Ch.2 Formation and Authority of Agents	
	Sec.1 Formation	
	<u>Sec.2 Authority of Agents</u>	10
Ch.3 Validity	Ch.3 Validity	
Ch.4 Interpretation	Ch.4 Interpretation	
Ch.5 Content	Ch.5 Content and Third Party Rights	
	Sec.1 Content	1
	<u>Sec.2 Third Party Rights</u>	6
Ch.6 Performance	Ch.6 Performance	
Sec.1 Performance in general	Sec.1 Performance in general	
Sec.2 Hardship	Sec.2 Hardship	
Ch.7 Non-Performance	Ch.7 Non-Performance	
Sec.1 Non-performance in general	Sec.1 Non-performance in general	
Sec.2 Right to performance	Sec.2 Right to performance	
Sec.3 Termination	Sec.3 Termination	
Sec.4 Damages	Sec.4 Damages	
	<u>Ch.8 Set-Off</u>	5
	<u>Ch.9 Assignment of Rights, transfer of Obligations, Assignment of Contracts</u>	
	Sec.1 Assignment of right	15
	Sec.2 Transfer of Obligations	8
	Sec.3 Assignment of contracts	7
	<u>Ch.10 Limitation Periods</u>	11
119条	184条	65条

上記から章は7から10へ、条文数は前文を除き、119から184へと約1.5倍以上、当初の方針通り、対象範囲が大幅に拡大した。これは二つの事情があると思われる。一つは、10年程度の蓄積では改訂の根拠が不十分であり、精度を高めるためには中長期的な観点からの慎重な検証が必要であること。もう一つは、過去十年間に致命的な欠陥や論理的な矛盾などがなかったこと、つまり大きな欠陥がなかったこと。そのため当初の方針通り、対象範囲を拡大する方針は、アメリカのリステイトメント事業を想定し、合理的であると思われる<sup>207</sup>。

207 PICCの拡大傾向は、おそらくアメリカのリステイトメント事業が念頭にあるのではないかと、思う。アメリカでは1923年にリステイトメントの起草作業が開始され、Contracts (1932), Agency (1933), Conflict of Laws (1934), Torts (1934-39), Trusts (1935), Property (1936-44), Restitution (1937), Security (1941), Judgments (1942) が刊行された。1950年代からは、Restatement Secondの編纂が始まり、Contract 2d (1979)などが刊行され、一部ではすでにThirdの編纂が行われ、すでに刊行されている分野 (Foreign Relations Law など) もあり、その内容の緻密性と迅速性に感動する。(田中英夫編集代表『英米法辞典』723-727頁 (東京大学出版会、1991年))。

### 2.3.8. 条文および注釈の改訂

UNIDROIT 理事会によると、PICC 2004 の Introduction<sup>208</sup> や作業部会 Chairman の Bonell 教授の論文によると<sup>209</sup>、条文自体の改訂は、PICC 1994 art. 2.8(2) が PICC 2004 art.1.12 になり、その他若干の表現の変更があったとされる。筆者が実際に PICC 1994 と PICC 2004 を比較対照してみると、条文の移動、細かな文言・表現の削除や修正が散見された。注釈や具体例は特に第1章・2章では随所で修正がなされている。Introduction 等における説明通り、実質的な変更はないが、重要と思われる細かな修正箇所は次の通り（条文は PICC 2004）。

- ① Art.1.2 Comment 1. (PICC 1994, art.1.2, art.1.9)
- ② Art.1.10, comment 1 & 4, illustration. (PICC 1994, art.1.9)
- ③ Art.2.1.1 comment 3, illustration 1. (PICC 1994, art.2.1)
- ④ Art.2.1.7, comment, illustration 2. (PICC 1994, art.2.7)
- ⑤ Art.2.1.8. comment. (PICC 1994, art 2.8)

以下、改訂されたうち重要とされるに二点について以下、比較対照して取り上げていきたい<sup>210</sup>。第一に、PICC 1994 Article 2.8 (2) が、次の通り PICC 2004 では、変更されている。

PICC 1994	PICC 2004
<p>Article 2.8 (Acceptance within a fixed period of time)</p> <p>(1) 省略 (PICC 2004 art.2.1.8へ)</p> <p>(2) Official Holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of</p>	<p>Article 1.12 (<u>Computation of time set by parties</u>)</p> <p>(1) Official holidays or non-business days occurring during a period <u>set by parties for an act to be performed</u> are included in calculating period.</p> <p>(2) However, if the last day of the period is an official holiday or a non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows,</p>

208 PICC 2004 Introduction “...Indeed, the only black letter rule amended was Article 2.8(2) which has now become Article 1.12.”

209 Bonell, *supra* note 160, at 18. “The only black letter rule which was amended was Article 2.8(2) on the effect..., with the addition of a new paragraph on the relevant...”

210 筆者は比較対照により、全体構成や段落、文言の改訂・修正から作成者の意図や背景が推測できると考えるので、Introduction の文章を鵜呑みにすることなく、丹念な取り組みが大切であることを喚起しておきたい。また近年急増している電子契約 (electronic contracting) の実務の重要性に鑑み、Rapporteur (内田貴教授) が任命され、PICC 1994 art.1.2, Art.2.18 “writing” が、PICC 2004 art.2.1.18 “a particular form” と文言の修正で対応されている (Bonell, *supra* note 160, at 19)。

the offeror, the period is extended until the first business day which follows.	unless the circumstances indicate otherwise. (3) <u>The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise.</u>
---	--

通常、期限を設定する場合には、「引渡し後10日以内」という日数を指定する場合と、「3月1日まで」と具体的な日時を指定する場合の二通りある。後者の場合は、具体的な場所を指定していれば問題は少ないが、前者の場合、給仕を含むのか、そもそも休日の定義は、といった解釈が当事者により異なるため、紛争解決を困難にする要因になりうるが、第1項により、期間中の休日は含むことが明示された。第2項では、履行期間の最終日が休日等に該当する場合は、次の営業日まで延長される、とする。第3項では、当事者間で時差がある場合には、期日を指定した当事者の営業所での時間が基準となることが示された。

次に Article 6.2.2の注釈2が次の通り変更されている。

PICC 1994	PICC 2004
<p>Comment 2 to Article 6.2.2 (Fundamental alteration of equilibrium of the contract)</p> <p>Since the general principle is that a change in circumstances does not affect the obligation to perform (see Article 6.2.1), it follows that hardship may not be invoked unless the alteration of the equilibrium of the contract is fundamental. Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a “fundamental” alteration.</p> <p>Illustration 1, a. Increase in cost of performance. b. Decrease in value of the performance received by one party. (以下省略、PICC 2004は同じ)</p>	<p>Comment 2 to Article 6.2.2 (Fundamental alteration of equilibrium of the contract)</p> <p>Since the general principle is that a change in circumstances does not affect the obligation to perform (see Article 6.2.1), it follows that hardship may not be invoked unless the alteration of the equilibrium of the contract is fundamental. Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances.</p>

PICC 1994では、Hardship を主張する際、重大な変更の具体的指標として「50%」が注釈に明示されていたが、PICC 2004では、当該箇所がそのまま完全に削除された。これは当初から批判があり<sup>211</sup>、その理由は、50%という変動が大きいか否かは、それぞれの業界に大きく左右される事項であり、そもそも契約は将来の不確実性によるリスクを軽減・管理するために行われるものであり、それを50%の基準で事後的に変更が可能であれば、契約する意義が薄れてしまう、という<sup>212</sup>。筆者はこの点につき、ここでは条文ではなくコメントであるので、表現を若干和らげ、また幅を持たせるなりして一定の基準は示したほうが良い、と考えている。条文ではなくコメントにおいても、何ら具体的な基準を示さずに抽象的であれば、PICC の存在意義自体が問われることになると思うからである。

### 2.3.9. PICC 2004新規条文の趣旨

概要は次の通り。

章	条文	追加条文数
Preamble	Para.4 Para.6	
1	Art. 1.8 Art. 1.12	2
2	Sec.2 Authority of Agents	10
5	Sec.1 art.5.1.9 Sec.2 Third Party Rights	1 6
8	Set-off	5
9	Sec.1 Assignment of Rights Sec.2 Transfer of Obligations Sec.3 Assignment of Contracts	15 8 7
10	Limitation Periods	11

- ① Preamble については、厳密には、PICC 1994の Para.4 が削減され、新たな Para4.と Para6が追加された。これは過去の仲裁事例を教訓に、当

211 H. Van Houtte, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration: Their Reciprocal Relevance*, in Institute of Int'l Business law and Practice ed., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts- A New Lex Mercatoria*/ 181, 190 (1995) (ICC Pub.No.490/1).

212 Richard Hill, *A Businessman's View of the UNIDROIT Principles*, 13 J. of Int'l. Arb. 163, 167-169.



事者が準拠法を指定・合意していない場合、仲裁人が準拠法として指定できることを明確にするためである<sup>213</sup>。Para.6では、国内法の解釈に、PICC 2004を使用できるための根拠規定となるよう明文化された。これらはいずれも過去の事例を教訓としたものであり<sup>214</sup>、また前文は、PICC 2004の目的が掲げられるため、今後大きな影響を与えるものとする。

② Art.1.8 (Inconsistent behavior), と

Art.1.12 (Computation of time set by parties)

*Venire contra factum proprium* (自身の行動に反して振舞うこと)<sup>215</sup> という大原則については、PICC 2004においても Art.1.7 (Good faith and fair dealing) に規定があったが、この条文の追加により、当事者の意思がどうであれ、当初の合意から逸脱した行為については、責任を負うことが明確になった。Art.1.12では、PICC 1994 art. 2.8 (2)が、第1章の一般原則に移動され、時差に関する規定が追加された。

③ Ch.2 Sec.3 Authority of Agents

Sec.2が新規追加され、本人に影響が及ぶ代理人の権限について規定された。ここでは本人もしくは代理人と、第三者との対外的関係についてであり、本人と代理人といった対内的関係についてではない<sup>216</sup>。全部で10の条文からなるが、多くは1983年 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods<sup>217</sup> の条文を取り入れて採択している<sup>218</sup>。ただし異なった規定もあり、例えば代理人が第三者と契約する際、本人にとって不利益な内容で合意した場合について、Geneva Conventionでは何ら規定がないが、PICCでは対内的な問題とされ、第三者との契約には影響せず解除できない、と規定している<sup>219</sup>。

④ Article 5.1.9 (Release by agreement),

Ch.5, Sec2 (Third Party Rights)

Art.5.1.9では、債権者の権利放棄について記載されており、債務者に少しでも不利な内容が含まれている場合があれば債務者の同意を必要とす

213 ただ Art.1.4 (mandatory rules) の制限を受ける。

214 Francois Dissemontet, *supra* note 188, at 39.

215 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』364頁 (日本評論社、1985年)。

216 Art.2.2.1 (1) & (2).

217 この条約は、UNIDROIT 作成の草案に基づいて作成され、現在 5 か国が批准しているが、10か国に満たないため発効していない。詳細は、次のサイト参照。

<http://www.unidroit.org/instruments/agency>

218 PICC 2004 art.2.2.1(1)の最後の文章と Geneva Convention art.1(4), PICC 2004 art.2.2.3(1)と Geneva Convention art.12はほぼ同じ。

219 PICC art.2. 2. 7 (2) (a) & comment 5.

る。また完全に債務者に有利な条件であれば、債権者が放棄した旨を通知することにより、自動的に発効する。また第三者の権利では二つの点を示されている。一つは、第三者に関する権利の移譲は、両者の明示的合意を必ずしも必要とせず、契約条件や状況からの推測でも可能であること。もう一つは、第三者に関する権利を自由に移譲できるだけでなく、移譲された権利はなお行為の撤回も含め、制約を受ける。

⑤ Ch.5 (Set-off)

この章では、商取引で頻繁に発生する債権債務の相殺について、五つの条文で規定している。同種の履行および金銭の債務を負っている場合、不必要な受け渡し行為 (back and forth movement) を回避しやすくするためのものである。一般に相殺の条件として、両債務が同じ性質のものであり、履行期が到来し同じ取引である場合に限り、相殺が可能となる<sup>220</sup>。その方式は、相手方に通知するだけでよく、将来に向かってその効力が認められる。相殺の条件を明確にし、かつ簡潔な方法を明文化することにより、商取引の活性化と不必要な法的コストを回避する意図がある<sup>221</sup>。

⑥ Ch.9 (Assignment of Rights, Transfer of Obligations and Assignment of Contracts)

この章だけで30の条文が追加されており、Sec.1は、2001年 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade を参考に作成されている。合意による移譲について幅広く規定されている。ただし為替手形 (bill of exchange)、船荷証券 (bill of exchange)、株式 (stocks)、債券 (bonds) 等は含まれない<sup>222</sup>。Sec.2では、債務の移譲については、債権者の同意が必要であることを明確にしている。Sec.3では、契約のすべてを移譲する際の内容が規定されており、原則として相手方の同意を必要とする<sup>223</sup>。

⑦ Ch.10 (Limitation Periods)

この章では、期間の算定に関することが11条にわたって規定され、1974年 United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods<sup>224</sup> を参考にして作成されている。期間は異なるが、制度

220 PICC 2004 art.8.1 (1) (2).

221 EU 法での Set-off の比較研究については次の文献参照。R. Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* 32 (2002).

222 PICC 2004 art.9.1.2 comment 1.

223 PICC 2004 art.9.2.1 et seq.

として類似しているものとしては、General Limitation、Maximum Limitation の二重構造という点がある<sup>225</sup>。異なる点としては、当事者自治に関することで、PICC 2004では大幅に認め、その短縮や延長を認めているが、U. N. Convention では認めていない<sup>226</sup>。

### 2.3.10. 第3節の小括

PICC 1994には、詐欺 (fraud)<sup>227</sup>、脅迫 (threat)<sup>228</sup>、過大な不均衡 (gross disparity)<sup>229</sup> など、一般には国内法の強行法規で規定される内容も既に含まれており、今回の PICC 2004では、さらに対象範囲が約1.5倍に拡大した。こうした状況において、PICC の方向性について考えてみたい。

第一に、EU との関係に留意する必要がある。PICC はその経緯から、EU の影響が大きい<sup>230</sup>。EU 契約法原則 (PECL) が完成し、その構成を PICC と比較すると<sup>231</sup>、PICC 2004と類似している点が多い<sup>232</sup>。PECL は EU 内において契約法の一般原則として適用されるが<sup>233</sup>、EU 諸国内での国際商取引では、PICC とどちらが優先するのか、また EU の法体系を PICC に滑り込ませる意図があるのではないかと、いう見方もできる<sup>234</sup>。作成作業自体は目的達成のための手段であるため、PICC が世界的統一規則として合理的効率的に機能するために大いに貢献するものであれば、好ましい。また一方で、大陸法の色が強い内容

224 この条約は1988年8月1日に発効している。CISG に付随する性質のものであり、包括的な期限の算定について規定され、3分の1程度の国が批准・採択しているが先進国社少ないため、仲裁実務ではあまり利用されていない、という (Bonell *supra* note 160, at 26 n.116) 詳細は次のサイト参照。

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1974Convention\\_limitation\\_period.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html)

225 PICC 2004 art.10.2.

226 PICC 2004 art.10.3.

227 PICC 1994 art.3.8.

228 PICC 1994 art.3.9.

229 PICC 1994 art.3.10.

230 本部の所在地、歴史的経緯、特に理事会や作業部会メンバーの国籍など。

231 PECL Ch.1 General provisions, Ch.2 Formation of contract, Ch.3 Authority of Agents, Ch.4 Validity, Ch.5 Interpretation, Ch.6 Contents and Effects, Ch.7 Performance, Ch.8 Non-performance and Remedies in general, Ch.9 Particular Remedies for non-performance.

232 Bonell, *supra* note 160, at 32-35; Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?* 2 Uniform L. Rev. 229-246 (1996). PECL の詳細については、次の文献参照。Ole Lando & Hugh Beale eds., *Principles of European Contract Law Parts I & II Combined and Revised* (Kluwer L. Int'l., Hague, 2000).

233 PECL art.1.101.

234 PICC 作業部会長 Bonell 教授は、PECL の作成委員会のメンバーであり、PECL 作成委員長 Lando 教授は PICC 2004作業部会のメンバーである。その他、両方に参加している学者も多い。

になってしまうと、イギリスの参加が難しくなり、またアメリカでの利用が低迷してしまう、というリスクを抱えることになる。ただ PICC 2004の新規追加された章や条文を見る限り、UNCITRAL の各種規則やアメリカ契約法リステイトメントも参考にしていることがあるので、その点は杞憂になりそうである。

また PICC は、その起草過程において、アメリカの契約法リステイトメントを、その体裁や体系も参考にして作成されているが、一つ異なる点がある。それは、PICC では、Re-state（帰納的に整理体系化する）だけでなく、Pre-state（将来を予測して事前に体系化する）を目指す、という点にある。確かにアメリカ国内を対象とした契約法リステイトメントは、英米法の一国内のため（大陸法フランス系の Louisiana 州を除く）、体系的にリステイトしやすいが、英米法と大陸法を包含した体系化を目指す PICC は、その点リスクがあるため、より難しい。将来的には、世界統一商法典（Global Commercial Code; GCC）、Bonell 教授によると、CISG のような国連の統一条約や、ICC の Incoterms や UCP 等の援用可能統一規則を統合（consolidate）し、その中に PICC を組み入れ、それらを有機的に統合し運営する、という構想<sup>235</sup> も壮大で興味深いものがあるが、果たしてどの程度実現可能性があり、また本質的に好ましい（合理的）目指すべき方向であるかも含め考察していく必要がある。

PICC の存在意義は、国内法の法体系およびその執行を担保する強制的手段を保持している主権国家の存在が、大前提であること再認識する必要がある。GCC の様な存在が完成したとしても、二つのクリアすべき問題がある。第一に、国際商取引において実際に利用・適用される必要があること。日本国内の大手貿易商社を対象とした、大規模なアンケート調査によると<sup>236</sup>、ICC の Incoterms を認識して使用している割合は25%程度であり、その他は慣習的に FOB や CIF などのトレードタームズを利用している、という。PICC は特に国際商事仲裁において、少しずつ拡大浸透しつつあるが、少なくとも数十年単位の時間が必要であろう。その拡大版である GCC となると、より大きな問題に直面するのではと危惧する。第二に、適用・執行の問題である。各国の法および仲裁制度を利用することになるが、その場合の言語、法解釈等の壁が大きく、手続き的な問題が大きい。ただ問題・課題が大きいほど Challenging であるのも事実であるが、現実的な面から Challenge 可能な範囲を事前に見極めることも重要と思われる。ただ普遍的な国際商取引の統一法を完成させる、という試

235 Bonell, *supra* note 160, at 37-38.

236 小林晃『我国で使用されるトレード・タームズ（貿易定型取引条件）の動向調査』41-42頁、356-362頁（産業経営動向調査研究報告書第21号、日本大学経済学部産業経営研究所、1997年4月）。



みは、どういう形式であれ、商取引の現実からの需要があるため、実現するであろう。ただ法や社会制度を作成、運営するのは人間であり、商取引分野ではその中心は **Businessperson** である。その根本原理は、中長期的なリスクとリターンの最大化である。具体的には、予見不可能とは、潜在的なコスト増になるため、効率的にリスク管理したいのであり<sup>237</sup>、専門家である国際渉外弁護士は、国際間の法が相違する状況において、不確実性を最小にすることが要求される<sup>238</sup>。そのため紛争解決条項や、準拠法条項などは、一手段である。逆説的には、それら条項が現実的にリスク管理に寄与していなければ、意味はない。極限すると、訴訟、仲裁、和解、ADR (Alternative Dispute Resolution) など、どのような制度であっても、当事者にとっては、最も効率的にリスク管理ができれば良い。国際商取引における世界的統一法の試みも、この一点からの存在価値が問われている。効率や改善に最終的なゴールはなく、常に改良を重ねていく連続的過程の一通過点になる。そもそも法統一の善し悪しの議論・判断ではなく、定期的に作成し、その影響を精緻に見極め、次にフィードバックさせることにある<sup>239</sup>。また、国際商取引における法の多様化は、コスト高になる、という認識も重要である<sup>240</sup>。

商取引のグローバル化により、商業の **Cosmopolitan** 性が顕著になりつつある現在、PICC の存在意義は今後より高まると確信している。ある学者が1584年に「商取引において仲裁はかなり有益な制度であるが、法学者の非難を浴び続けるであろう」と述べているが<sup>241</sup>、現実に国際商事仲裁における訴訟手続化の傾向が進行しているようである。PICC の成否は、従来の法制度等によるコスト高の構造を、現実にどの程度是正できるか、にかかっているだろう。実証研究における偏向性や信頼性に若干の問題がある面もあるが<sup>242</sup>、上記 **Businessperson** の行動原理は普遍的であり、根本的な行動原理に基づく効率的なルールの検証を積み重ねていくことが必要である。

---

237 Hill, *supra* note 212, at 164.

238 William W. Park, *Neutrality, Predictability and Economic Co-operation*, 12 J. of Int'l Arb. 99 (Dec. 1995).

239 John Linarelli, *The Economics of Uniform Law and Uniform Lawmaking*, 48 Wayne L. Rev. 1387, 1394 (Winter 1993).

240 *Id.*

241 Marrela Fabrizio, *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 36 Vanderbilt J. of Transnational Law 1137 (Oct. 2003).

242 Russell Korobkin, *Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls*, 2002 U. of Illinois L. Rev. 1033.

## 第4節 PICC 2010

### 2.4.1. PICC 2010改訂の概要

「PICC 2010」<sup>243</sup> が、2011年5月9～11日にイタリア・ローマで開催された第90回 UNIDROIT 理事会（Governing Council）において正式に採択された<sup>244</sup>。本節ではこの作成経緯に着目し、特に UNIDROIT 本部の記録を丹念に辿りつつ、PICC 2004と比較対照することにより、その趣旨を正確に理解することを目的とする。まず PICC 2010<sup>245</sup> の作成経緯を確認し、PICC2004との具体的な条文などの内容、全体的な構成を比較することにより概要を整理し、第2章、第3章、第4章において新規追加された内容の4項目について検討し、最終章で国際商取引の観点から考察する。

概観すると、各版の条文数は、PICC 1994が120、PICC 2004 が185、PICC 2010が211と版を新たに作る都度、増加している。また各版の条文の文言自体の改訂・修正はごく僅かであり、PICC 2004から PICC 2010については、分割・採択する際に伴う、代名詞を一般名詞に、分割に伴う主語を補う程度の必要最小限の修正であった。前回の改訂と同様、条文の追加による対象範囲を拡大した体系となっている。具体的な条文修正を比較対照すると、次の五つある。

PICC 2004	PICC 2010
Art. 3.1	Art. 3.1.1
Art. 3.19	Art. 3.1.4
Art. 3.17 para 2	Art. 3.2.15
Art. 7.3.6 para 1	Art. 7.3.6
Art. 7.3.6 para 2	Art. 7.3.7

またコメントの修正もある（Art.1.4 Comments 2, 3 & 4）。PICC 2010は PICC 2004と同様に当初から、現行版の改訂という意図は元来なく、UNILEX database<sup>246</sup> に集積された広範な事例や、関連文献を分析し、真に有益な項目を見出し、商取引の実務上 PICC の採択が促進され、障害とならないよう広く利用されることにある。具体的な主目的としては、国際商取引における関心の高

243 正式には「UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010」、略称については、「UNIDROIT Principles」や「PICC」があり、2011年の Uniform Law Review, vol. 16頃から、「UPICC」や「UP」が散見されるが、本稿では簡潔で定着している「PICC」を用いる。

244 16 Uniform L. Rev.942 (2011); UNIDROIT 2011-C.D.(90) Misc. 3 at 2, <http://www.unidroit.org/preparatpry-principles-2010>

245 公式テキスト“The UNIDROIT Principles 2010” (ISBN 88-86449-19-4が刊行され、邦訳も UNIDROIT website および、私法統一国際協会著内田貴他訳『UNIDROIT 国際商事契約原則 2010』（商事法務、2013年）があり、本稿の訳は原則、それに基づく。

246 UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles international case law and bibliography, <http://www.unilex.info/>

い項目の追加拡充であり、その手段として国際的な商取引・法社会への定期的な問いかけ (inquiry) を継続する、としている。一般に民商法分野は各国ともに、その対象領域は幅広く膨大であり、関連する財やサービスは多種多岐にわたるため、PICC では注目度の高い項目を優先して採択整備させる方針に基づき、関心の高い争点となる内容を見極め選択し、比較法的手法で論点整理をし、各節、各章、PICC 全体の体系化を図りつつ、論理的整合性にも留意し、コメントや例示で補足する、という体裁をとる。これはアメリカのリステイトメント (restatement) と同様である。また PICC 2010の作成過程につき、各グループの活動を時系列に整理すると、次のようになる<sup>247</sup>。

Working Group (WG) for the preparatory work on the 3d ed.

- ① 1<sup>st</sup> session 2006年5月29日～6月1日
- ② 2<sup>nd</sup> session 2007年6月4日～6月8日
- ③ 3<sup>rd</sup> session 2008年5月26日～5月29日
- ④ 4<sup>th</sup> session 2009年5月25日～5月29日
- ⑤ 5<sup>th</sup> session 2010年5月24日～5月28日

Drafting committee (DC)

- ① 1<sup>st</sup> session 2007年3月3日～3月6日
- ② 2<sup>nd</sup> session 2009年3月2日～3月5日
- ③ 3<sup>rd</sup> session 2010年1月25日～1月28日

起草原案は、2010年4月に完成し、しかも WG 第1回会合で、多数出されていた新規項目のうち、次の5項目が具体的にほぼ決定されていた<sup>248</sup>。

- (a) Unwinding of failed contracts
- (b) Illegality
- (c) Plurality of debtors and creditors
- (d) Conditions
- (e) Termination of long-term contracts for cause

その後検討の結果、新規採択項目は4つとなり、次の項目が追加された。

- ① Restitution (art. 3.2.15)
- ② Illegality (art. 3.3.1-art. 3.3.2)
- ③ Conditions (art. 5.3.1-art. 5.3.5)
- ④ Plurality of Obligor and of Obligees (art.11.1.1-13, art.11.2.1-4)

247 Preparatory work on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010. (UNIDROIT website)

248 UNIDROIT 2006-Study L Doc 99. その他 UNIDROIT 公式記録によると、WG 第2回目には各項目の原案が作成されており、その作業の迅速性と活力には圧倒される。

また修正および新規を一覧にした PICC 2010の構成は次の通り<sup>249</sup>。  
(カッコ内 (am)は、修正があったことを示す)

Chapter	PICC 2004 Sections/Articles	PICC 2010 Sections/Articles
Preamble Purposes of PICC		7 para.
Ch.1 (General provisions)	1.1-	1.12
Ch.2 (Formation and Authority of Agents)		Sec.1 (Formation) 2.1.1-2.1.22
		Sec.2 (Authority of Agents) 2.2.1-2.2.10
Ch.3 (Validity)	3.1 (am), 3.2, 3.3, 3.19 (am)	Sec.1 (General Provisions) 3.1.1-3.1.4
	3.4-3.16, 3.17 (am), 3.18, 3.20, 3.2.15 (2010new)	Sec.2 (Ground for Avoidance) 3.2.1-3.2.17
	Nothing; 3.3.1-3.3.2 (2010new)	Sec.3 (illegality) (new) 3.3.1-3.2.2
Ch.4 (Interpretation)		4.1-4.8
Ch.5 (Content and Third Party Rights)		Sec.1 (Content) 5.1.1-5.1.9)
		Sec.2 (Third Party Rights) 5.2.1-5.2.6
	Nothing (2010 new)	Sec.3 (Conditions) 5.3.1-5.3.5 (new)
Ch.6 (Performance)		Sec.1 (Performance in general) 6.1.1-6.1.17
		Sec.2 (Hardship) 6.2.1-6.2.3
Ch.7 (Non-Performance)		Sec.1 (Non-Performance in general) 7.1.1-7.1.7
		Sec.2 (Right to Perform) 7.2.1-7.2.5
	7.3.1-7.3.5, 7.3.6 (am), 7.3.7 (2010 new)	Sec.3 (Termination) 7.3.1-7.3.7
		Sec.4 (Damages) 7.4.1-7.4.13
Ch.8 (Set-off)		8.1-8.5
Ch.9 (A)		Sec.1 (Assignment of Rights) 9.1.1-9.1.15

249 PICC 1994, 2004, 2010の条文対応の詳細は、UNIDROIT website 参照。



		Sec.2 (Transfer of Obligations) 9.2.1-9.2.8
		Sec.3 (Assignment of Contracts) 9.3.1-9.3.7
Ch.10 (Limitation Period)		10.2-10.11
Ch.11 (Plurality of Obligors and of Obligees)	Nothing (2010new)	Sec.1 (Plurality of Obligors) 11.1.1-11.1.13
	Nothing (2010new)	Sec.2 (Plurality of Obligees) 11.2.1-11.2.4

以上の構成を参考にしつつ、新規追加された項目について検討する。

#### 2.4.2. Illegality (art. 3.3.1, art.3.3.2)<sup>250</sup>

一般に契約は当事者を拘束することになるが、その履行が公共の福祉 (public policy) やモラル (good morals) に抵触することは好ましくない。そのため例えば、錯誤 (mistake)、詐欺 (fraud)、脅迫 (threat)、著しい状況変化 (gross disparity) 等については、PICC 2004 art.3.4- art.3.20に規定していた。これは PICC の特徴であり、同様の CISG にはそのような項目規定がないことと比較すると、画期的である一方、総論的内容ということもできる。PICC の基本姿勢としては、当事者自治の原則が最大限尊重される商取引において、論理整合性に配慮しつつ用語の定義から、最大公約数的な条文を採択し、解釈は当事者や仲裁廷などに委ね、個々の状況に応じて解釈する土台を提供することに意義がある。

契約に関連する違法性について、英米法では契約の一般条項とされ、公共の福祉に基づき履行が難しい<sup>251</sup>、とされる。大陸法では、例えばドイツ、オーストリア、スイスでは違法 (illegal, gesetzeswidrige, verbotswidrige) とモラルに反する行為 (immoral, sittenwidrige)<sup>252</sup> が区別され、前者は主として制定法で、後者はモラルに反する契約として、解釈レベルで規制される、という<sup>253</sup>。またフランスやイタリアでは、違法性を喚起するもの (cause illicite, causa illecita)

250 本章項目は次の文献による。Michael Joachim Bonell, *The New Provision on Illegality in the UNIDROIT Principles*, 16 Uniform L. Rev. 517-536 (2011-3).

251 E. McKendrick, *Contract Law* 274 et seq. (9<sup>th</sup> ed. 2011); N. Andrews, *Contract Law* 621 et seq. (2011); E. A. Farnsworth, *Contracts* 313 et seq. (4<sup>th</sup> ed. 2004); Restatement Second of Contracts §178 & §184.

252 “immoral” の適訳が見当たらないため、本稿では筆者の訳により「モラルに反する行為」とする。

253 German BGB art.134 & art.138 ; Austrian ABGB art.879; Swiss Code of Obligations art. 20 (Bonell, *supra* note 250, at 518 n.7).

として制定法で規制される、という<sup>254</sup>。

こうした状況において新規採択された経緯をみると、ヨーロッパ契約法 (PECL) の影響が大きいことがうかがえる。PECL では PICC と同様、当初は Illegality を対象外としていたが、その後2003年の PECL 第3部に、包括的な規定<sup>255</sup> が盛り込まれた、という経緯が影響を与えている。そのため当初の WG は、PECL を参考に、強行法規 (mandatory rules) と基本原則に反するもの (contracts contrary to the principles) の2段階 (two-tier approach) に分けて検討し、その草案も作成されていた<sup>256</sup>。そうした中、2009年の WG 第4回会合で、この2段階方式では、後者の基本原則に反する、という趣旨が曖昧で、解釈が多岐にわたる可能性が高いため、PICC の性質上好ましくない、との意見から、PICC 2010では、Illegality のみ規定するに至った<sup>257</sup>。その結果、Art. 1.4 (Mandatory rule) のコメントのみ (本文は同じ) が修正され<sup>258</sup>、それに沿った草案<sup>259</sup> が2010年の WG 第5回会合で承認された。以下条文は2か条と短いため、以下に記す。

#### PICC 2010 Sec.3: Illegality

##### Art.3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules)

- (1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.
- (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable
- (3) In determining what is reasonable regard is to be had in particular to:

254 French Code Civil art.1133 & art.1131; Italian Codice Civile arts.1343-1346, 1418. (Bonell, *supra* note 250, at 518 n.8 & 9)

255 PECL Ch.15 (Illegality) art.15:202-15:105. 同じ条文が Draft Common Frame of Reference (以下「DCFR」) の arts.II-7:301 & 302 (Book II Section 3) に “Infringement of fundamental principles or mandatory rules” として規定されている (Bonell, *supra* note 250, at 13)

256 The first Draft Chapter on Illegality (UNIDROIT 2008-Study L-Doc.106); the second Draft chapter on Illegality (UNIDROIT 2009-Study L-Doc.111).

257 なおオブザーバーのほとんどは2段階規定を望んでいた。詳細は次の記録を参照。UNIDROIT 2009-StudyL-Misc.29, paras.283-360, 374, 410-500.

258 The revised comments to art.1.4 and the third Draft (Chapter/Section) on Illegality (UNIDROIT 2010-StudyL-Doc 115&116).

259 Art. 1 on Contracts infringing mandatory rules and art.2 on Restitution (UNIDROIT 2010 Study-L-Misc.30, para 4).

- (a) the purpose of the rule which has been infringed;
- (b) the category of persons for whose protection the rule exists;
- (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;
- (d) the seriousness of the infringement;
- (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement;
- (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and
- (g) the parties' reasonable expectations.

#### Article 3.3.2 (Restitution)

- (1) Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances.
- (2) In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1 (3).
- (3) If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 applying with appropriate adaptations.

要点ごとに以下、それぞれ説明する。

第一に、第1項で、第1.4条<sup>260</sup>の *illegality* の対象となる契約に限定し、契約上の効果は、*illegality* の規定に従うものとされる。この第1.4条の意図するものとして近年、国際条約という形式で採択される事例が増えつつある、という<sup>261</sup>。また法規の範囲も制定法に限定されず、準拠法とされる国内法の趣旨に沿った、明文化されていない公共の福祉に関する一般原則 (*unwritten general principles of public policy*) も含まれる<sup>262</sup>。本来は準拠法となる国内法の強行法規の議論等になるが、例えば国際商事仲裁の際、類似事例の強行法規を引き合いに、“*transnational public policy*”として判断の根拠とされることもある<sup>263</sup>。

第二に、契約の履行が強行法規に抵触する際、一般に強行法規は契約を無効

260 PICC 2010 art.1.4 (Mandatory rules): Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

261 例えば次の条約などがある。the U.N. Convention against Corruption; the 1999 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions; the 1997 Inter-African Convention Against Corruption. その他、Money laundering, child labor, drug trafficking, anti-terrorism など。

262 PICC 2010 art.14 comment 2; UNIDROIT 2009 StudyL-Misc.29, para 481.

263 PICC 2010 art.4.1 comment 4.

とし、契約上の救済については規定がなく、一般には解釈で対応するとされるが<sup>264</sup>、PICC では状況により、契約上の救済や原状回復 (restitution) も具体的に規定し認めている点が、PECL や DCFR にも柔軟な規定がみられるが、より明確にされている<sup>265</sup>。同条第 2 項で、合理的である範囲において、契約が有効とされる状態から、第 3 項では合理的な判断基準として (a)～(g) の 7 項目を挙げており、契約終結 (termination)、履行要求 (performance)、損害賠償 (damages)、無効 (of no effect)、契約条項の終結 (termination) 修正 (adaptation) まで広範に可能である<sup>266</sup>。合理性の判断には、強行法規の目的<sup>267</sup>、保護される対象<sup>268</sup>、侵害の程度<sup>269</sup>、両当事者の認識<sup>270</sup>、履行と侵害の関係程度<sup>271</sup>、当事者の合理的な予見<sup>272</sup>、当事者の不適切な取引からの撤退<sup>273</sup> などが挙げられている。

第三に、原状回復 (Restitution) の規定である。英米法では原状回復や特定履行 (specific performance) は原則認められず、例外的な状況、例えば原状回復を主張する当事者が、違法性の認識がなく、他方が不相応な利益 (improper disproportionate forfeiture) を得ている場合などに限定され<sup>274</sup>、大陸法でもほぼ同様である<sup>275</sup>。これに対し、PICC では、上記条文通り、他の国際規則と同様に<sup>276</sup>、柔軟に対応可能な規定となり、考慮すべき事項は、明記の通り

264 The Treaty on the European Union; anti-competitive agreements between enterprises which may affect trade between member States of European Union prohibited under Article 101(1) shall automatically void; Michael P. Furmston, Cheshire, *Fifoot & Furmston's law of Contracts* 99 et seq. (14<sup>th</sup> ed. 2001); German Civil Code art.134; Italian Civil Code art. 1418.

265 なお PICC と異なり、「強行法規」と「一般原則」との二段階規定をとる PECL および DCFR とは単純な比較は好ましくないかもしれない。PECL art.15:101: ...a contract contrary to fundamental principles is of no effect; art.15:102: a contract infringing mandatory rules [...] may be declared to have full effect to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification.ただし DCFR はやや抽象的である。DFCR art.Ⅱ -7:301; a contract that infringes a fundamental principle is void to the extent that [...] nullity is required to give effect to that principle.

266 国内法規での同様の規定で、合理性の判断基準に言及がある文献としては次のものがある。New Zealand, *Illegal Contract Act* 1970 art. 7 (1) - (3); *Restatement Second of Contracts* §178 (1)-(3); PECL art. 15:102 (3), DCFR art.Ⅱ-7: 302 (3).

267 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 9.

268 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 12.

269 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 14.

270 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 17.

271 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 18.

272 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 19.

273 PICC 2010 art. 3.3.1. Comments & Illustration 21.

274 E. McKendrick, *supra* note 251, 284-286; Farnsworth, *supra* note 251, at 348-351; *Restatement Second of Contracts* §197～§199.

275 German BGB §817; Austrian ABGB §1174 ; Swiss Code of Obligations art. 66 (Bonell *supra* note 250, at 532 n.68 & n.69).



art.3.3.1(3) と同様なものとなる。

以上をまとめると、商取引における違法性について、具体的には政府高官への賄賂 (bribery)、禁輸 (embargo)、テロリストへの支援などが想定される。契約上の救済においても、違法の際の救済とは、実質上それほど違いはなく、商取引実務においても強行法規に触れる履行内容の際に、原状回復が認められることは例外的とされる<sup>277</sup>。ただし法体系や行政組織の整備が不十分な開発途上国との取引の場合、その境界線について不明瞭な場合が多分に想像される。現状では近年の開発途上国の躍進により、そうした取引は増加しているが、例えばインフラ整備を請け負い、ほぼ完成しつつある段階で、クーデター等の政変により新規勢力・政府が当該設備を接收する場合、その残額代金の清算や契約の引継ぎ、維持管理、運営をどうするのか、という問題が発生する。そうした場合、旧契約で政府高官に賄賂や相当物を提供しているとき、契約金額の妥当性、さらに禁輸品目等が関係するとき、純粋な商取引だけではなく政治的な影響を受ける可能性が大きい。そうした現実的な政治外交レベルにおいて、PICC の実効性や意義に疑問が残る面も多々あるが、社会状況を改善する商取引行為の推進は不可欠であるため、むしろそうした生々しい政治外交の現実から距離を置いた、中立的な PICC が当該リスクの原状回復という規定で採択される意義は大きい、と考えている。

PICC 2010では最終的に採択されなかったが、WG 第1回会合で取り上げられていた長期契約 (long-term contracts) については、海外投資事情および貿易保険や民間損害保険を含め、検討される必要性が高まるであろう。特にインフラ整備や中長期のエネルギー供給計画等は、各国家の資源政策と密接に関係するため、純粋な民間企業の商取引レベルでの対応水準を超越してしまうため、本質的に商取引レベルや各国内レベルで解決できる問題ではない。政治外交レベルでは、国家間の基本的枠組みは条約や慣習に基づき、民間実務レベルではそれを実行する多数の民間企業同士の契約において、各専門的な個別契約の基礎という意味において、商取引原則である PICC が準備作成されることは重要な枠組み・基準の提供であり、各国の安定的な経済発展に寄与する中立的な PICC は重要な意義をもつといえる。

276 PECL art. 15:104; DCFR art.VII.-6: 103 (Bonell *supra* note 250, at 533 n.73); UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects art. 5~art. 6: “... the possessor of a cultural object who acquired the object [...] Illegally exported shall be entitled [...] to payment by the requesting State of fair and reasonable compensation, provided that [it] neither knew nor ought reasonably to have known at the time of acquisition that the object had been illegally exported.”

277 Bonell, *supra* note 250, at 536.

### 2.4.3. 条件 (Conditions)<sup>278</sup>

この“Condition”は2006年の理事会で、第3版 (PICC 2010) に採択される項目として決定されており<sup>279</sup>、そのWG第1回においても、その準備がなされ検討が進められた<sup>280</sup>。WGが作成の際、特に参照した国際規則は、PECL Ch.16とDCFR art.III.-1:106である<sup>281</sup>。また商取引実務における紛争は、契約条件に関するものが多い。そのため現実の商取引の事例研究を行う作業部会であるWorking Group on International Contracts (WGIC) の研究成果<sup>282</sup>を参考にして作成された。

PICCの基本理念は、単純性 (simplicity) と明瞭性 (clarity) とされ、WGでは“Terms”と“Conditions”の意味内容について議論が交わされた。前者の単語について英米法では、契約書裏面に“Terms and Conditions”として、契約条件が印刷された書式を使用することが多いため、一般に契約の際の条件と理解されることが多い。一方、大陸法では両単語は密接に関連性があるが、その意味内容は異なる<sup>283</sup>。例えば大陸法でも、“*Clausula rebus sic standibus*” (Things thus standing) や、Hardshipの法理も、Conditionsに含まれる、とされる<sup>284</sup>。英米法では、“term”を「期間」と「条件」を混同される可能性が高く、それを回避するためその意味内容につき、明確にする条項を策定すべきか否かについて議論された<sup>285</sup>。検討の結果、履行の期間については、PICC 2004 Art.1.12 (Computation of time set by parties) の一般規定、さらにその補足としてPICC 2004 art.6.1.1 (Time of performance) があるため、解釈が多様な“term”を使用せず、代わりに“delay”、“time limit”、“due date”等の意味が明確な用語を利用することで混乱回避が可能、と判断された。またWGは、大陸法における多様な概念を含む“Conditions”の内容を採択せず、また“discretionary condition”、“condition potestative” (随意条件) の条項新設をしないことが決められた。こうした大陸法の概念は、債権者の裁量が大きく、その解釈に影響されるためである、とされた。その結果、英米法的な条件を基本として起草されることとなり、新たに条文が追加されることとなった<sup>286</sup>。

278 ここでは次の文献を参照した。Benedicte Fauvarque-Cosson, *The New Provisions in the UNIDROIT Principles 2010*, 16 Uniform L. Rev.537-562 (2011-3).

279 UNIDROIT 2006 Study L-Doc.99, para 9, at 26-29 (Secretariat memorandum).

280 UNIDROIT 2006 Study L-Misc.26, para 192-264.89 (summary records).

281 Fauvarque-Cosson, *supra* note 278, at 537..

282 M.Fontaine & F. De. Ly, *Drafting International Contracts -An Analysis of Contract Clauses* (Transnational Publishers, 2006).

283 Fauvarque-Cosson, *supra* note 278, at 541.

284 *Id.*

285 UNIDROIT 2006 Study L-Misc. 26, para 29.

286 PICC 2010 Ch.5 Content and Third Party Rights, Sec.3 Conditions Art.5.3.1～Art.5.3.4.

以下、要点ごとに考察する。

第一に“Condition”の概念について、Art.5.3.1では停止条件（suspensive condition; condition precedent）と解除条件（resolutive condition; condition subsequent）を規定した典型的な内容である。また第5.3節では、当事者間の合意に基づく条件のみを取り扱い、Art.6.1.14（application for public permission）が対象とする事項を除外している。ただし公的許可等の取得により、商取引の履行の前提となる不可欠な事項は、当然に公的機関の発行を契約条件として合意し、明記することができる。また同条コメントで“closing date”への言及があり、これは PECL や DCFR にはない新しいものである。商取引実務では、政府の輸出許可、金融機関の与信供与等が停止条件として契約が締結されることになるが、その停止した法的効果が発生する条件が成立した場合、もしくは成立しなかった場合についてのものである。

第二に、Art.5.3.2は、条件の成否により契約（契約上の義務）が発効する内容を規定している。冒頭に「当事者が別段の合意をしていない限り」という限定句ついており、現実の商取引では当事者間の合意がなされる余地を考慮している。また条件成否の際の契約発効の効果は、遡及的（retroactively）もしくはその時点から（prospectively）なのか、いわゆる無効か取消の区別が明確でないため、通常解釈では条件の成就の時点から、契約上の義務が発生するが、遡及して発効していることを想定している場合には、当事者間で合意して明記すべきである、という<sup>287</sup>。

第三に、Art.5.3.3は、条件への介入に関する規定であり、一方当事者による妨害やもたらされた場合についてのものである。ここでは“…, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, …”（…、それが信義誠実および公正取引の義務または協力義務に違反するときは、…）とあり、この項目は、Art.1.7（Good faith and fair dealing）<sup>288</sup>、Art.1.8（Inconsistent behavior）<sup>289</sup>、Art.5.1.3（Co-operation between the parties）<sup>290</sup> との関係で判断される。英米法ではこうした「曖昧な規定」は、その具体的内容が不明確で、恣意的な解釈になる恐れがあるため否定的であるが、WG では全一致ではなかつ

287 Fauvarque-Cosson, *supra* note 278, at 543.

288 PICC 2010 art.1.7 (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit the duty.

289 PICC 2010 art. 1. 8 : A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

290 PICC 2010 art. 5.1.3 Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

たが、ほとんどが同条文に好意的であった、とされる<sup>291</sup>。契約一般規則である PECL art.16:102, DCFR III.-1:106 (4) には、すでに同様の規定が採択されている。これは逆説的には、一般に信義誠実に行動している当事者は、条件が成就するよう積極的に働きかける義務まで課されるものではなく、条件が成立しない場合の契約の不発効や停止に対して責任を負わない、ということになり、合理的か否かの判断は解釈になる<sup>292</sup>。

第四に、Art. 5.3.4は、権利保存の義務についての規定であり、これは条件が成立する以前の行為のみを対象としている。また Art.5.3.5は、解除条件が成立した場合の原状回復についての規定であり<sup>293</sup>、通常は Art.7.3.6, Art.7.3.7を準用した原状回復であり、遡及効果の合意がある場合は Art.3.2.15を準用する、という規定である。

以上の通り、“Condition” (条件) について、英米法と大陸法を参考としつつも、妥協して両者を統合する形式を目指しているのではなく、基本スタンスは国際商取引における合理性の観点から、Pre-state で作成されている。停止条件や解除条件は各国で一般的なものであるため、PICC の様な国際商取引規則において明確に定義から採択したことは好ましく、今後は PECL や DCFR 等の関連規定を参考に拡充されると思われる。

#### 2.4.4. Plurality of Obligors and of Obligees (複数の債務者および債権者)<sup>294</sup>

本項目は、2006年の理事会で取り上げられており、同年の WG 初会合においても決定され、その後2007年、2008年、2009年、2010年の各会合でも検討が重ねられた。その結果、Chapter 11として、17の条文が起草され、PICC 2010では最大規模の追加となった。条文作成に参考とされたものとしては、PECL art. 10:101～art. 10:205, DCFT art. III. -4:101～art. III. -4:207であり、その他の各国の法として、Belgium, Estonia, France, Germany, Italy, Lithuania, Netherlands, Portugal, Spain, Switzerland, Quebec, Russia であり、英米法では Restatement Second of Contracts 第13章を特に参考にされた<sup>295</sup>。ここでも「条

291 Fauvarque-Cosson, *supra* note 278, at 546.

292 同条コメントには4つの事例があるが、抽象的で堂々巡りの内容のように感じる。誠実な行動を明確に理解されるよう配慮し、外見を整えることも重要である。

293 同条の邦訳を示す。「(権利保存の義務) 条件の成否が未定の間は、当事者は信義誠実および公正取引の原則に従って行為する義務に反して、条件が成就した場合の相手方の権利を害するような行為をしてはならない。」

294 当該箇所の内容は、次の文献に基づいて作成した。Marcel Fontaine, *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, 16 Uniform L. Rev. 549-562 (2011-3).

295 *Id.* at 550.



件」の条項と同様に、現実の商取引慣習（actual practice）にも特別の注意が払われ、WG 構成員や Rapporteur が、それぞれ関連する企業や業界団体に実態調査を実施し<sup>296</sup>、また1974年来の契約書の膨大な条項の研究書<sup>297</sup>が参考にされた。特に債権者が複数いる場合、その債務者への働きかけに関する実務は貴重であるが、ただそれらを文章化することは難しい。グローバル化が急拡大している現状では、複数の当事者が共同で事業を行い、金融機関から連帯して融資を受ける等の企業活動は一般的になりつつあり、現実には多い。そうした現場サイドからの需要に対応する PICC の規定は好ましい。

次にその内容について、項目ごとに以下検討していきたい。

第一に、Article 11.1.1は、連帯債務と分割債務についての定義づけをしている。ここでは「連帯」や「分割」に相当する用語は、それぞれ英米法の“joint and several”と“separate”が採択されている。大陸法ではそれぞれ“solidary”と“divided”に相当する。その他“communal”、“indivisible obligations”などの用語があり、PECL や DCFR ではこれら大陸法の用語が採択されているが、PICC 2010では、英米法の使用の方が、国際ビジネス契約の現場では幅広く受け入れられている現状を考慮し、英米法の用語の採択となった<sup>298</sup>。

第二に、Art.11.1.2は、「連帯債務の推定」、Art.11.1.3は「連帯債務者に対する債権者の権利」に関する規定である。前者は連帯した保険者が、その引き受けリスクに関連した事例を想定しており、後者はすべての債務が完全に履行されるまで、債権者は任意の連帯債務者にその履行を請求できる、というものである。第三に、Art.11.1.4から Art.11.1.8までは、連帯債務者が債権者に対抗しうる権利について規定している。Art.11.1.4は「抗弁と相殺権の対抗」であり、コメントでは、売主が共同の買主に保証を付けた機械を売買し、ある買主のみが動作不良を理由に売主の代金請求に抗弁した、という事例や、もし禁輸等で契約履行が違法になった場合には、各買主が売主の代金請求に抗弁しうる（may assert）という事例が挙げられている<sup>299</sup>。Art.11.1.5以降は、各項目として、履行または相殺、権利放棄（release）または和解（settlement）、時効期間（limitation period）の満了または停止、裁判のそれぞれの効力について規定されている。Art.11.1.6は、WG で長く議論され、権利放棄についての基本的概念は、PECL art.10:108(1)、DCFR art.III. -4:109、OHADA Draft art.10/10 (3)<sup>300</sup> を参

296 *Id.* para. 25, at 560-561.

297 Fontaine & De Ly, *supra* note 282.

298 Marcel Fontaine, *supra* note 294, para.5 at 551.

299 PICC 2010 art.11.1.4 comment.

300 Organisation pour L'harmonisation en Afrique de droit des affaires.

考に起草された<sup>301</sup>。和解については途中、権利放棄と別条項にすべきという意見もあったが、最終的には同条に収まった。

第四に、Art.11.1.8は、裁判の効力に関する規定であり、第1項では、分割的な効力を原則とし、第2項では個別のものでない限り、他の債務者はその結果を援用できる、として均衡をとっている。これは PECL art.10:109, DCFR art. III.-4:110, Italy Civil Code art.1306, Portugal Civil Code art.522が土台となって作成された<sup>302</sup>。また Art.11.1.9から Art.11.1.13は、連帯債務者間の負担割合、求償権の範囲、債権者の権利、求償における抗弁、償還の不能に関する事項を取り扱っている。

第五に、Art.11.2.1から Art.11.2.4までは、連帯債権者に関する内容であり、それぞれ順に、定義、連帯債権の効力、連帯債権者に対する抗弁の対抗、連帯債権者間の持分の割合に関する規定である。定義では債権者を三つに分け、その最初の二つは Art.11.1.1の規定に相当する。ドイツでのアンケート調査からも、この三分類でほぼ一般化できるとされ、商取引実務では、共同の求償は共同の債務者よりも重要な場合もある、という<sup>303</sup>。

以上をまとめると、PICC 2010の第11章1節債務者の規定と対照的に作成され、本章の新たな二つの節は、広範な比較法の研究と、現実の国際商取引実務への実態調査に基づき作成されている<sup>304</sup>。また PICC 2010では最大の17か条の新規追加がなされたが、これは大陸法の PECL と DCFR を基礎として、英米法の概念を採択した、という内容になっている。第11章の起草過程や条文内容について考察していると、次の二点が強く感じられた。

第一は、欧州に限定されない国際性を重視しようとする姿勢。PICC では新規の章や節の条文が作成される際、関連する基礎となる参照条文・法律の中心は、従来の版と同様に、PECL（今回は DCFR が追加）だけでなく、PICC の理念から「全世界的な」状況に合理的に配慮し、アメリカの第二次契約法リステイトメントを積極的に参照する旨の記述がよく見られ、欧州に限定されないグローバルな商取引を前提にしている意図が、具体的に感じられる。国際商取引の実体を冷静に眺めてみると、その数量や歴史（量と質）の両面において、欧州とともに英米が最大の軸の一つ（海運、保険、契約）でもあるため、その配慮が明確に感じられる。ただしアメリカの国際商取引業界において、PICC の認知度はほとんどなく、現在のところ普及拡大する傾向はみられない<sup>305</sup>。そ

301 Marcel Fontaine, *supra* note 294, at 554.

302 *Id.* para.17 at 556.

303 *Id.* para. 23-25 at 559-560.

304 *Id.* para. 29 at 562.

の理由は簡潔には、アメリカ UCC や **Restatement** をはじめ、国内の法体系が高度に整備され自己完結できるレベルに達していることがあると思われる。

第二は、商取引の実態について、積極的に把握しようとする姿勢。PECL や DCFR は法学的論理整合性が重視された体系であるが、PICC では積極的に現実の商取引における問題点を調査研究し、それを条文へと反映させようとする姿勢が鮮明である。これは各条文のコメントや例示 (*illustrations*) が実例に基づいていることからもうかがえ、信頼感が高まる。法理論的に抽象的な概念に還元し、体系的な論理整合性の高い条文作成も重要であるが、一方で概念のための概念ではなく、現実的に有用という点からの一貫した姿勢には、膨大な労力がかかるにもかかわらず、経緯とともに信頼感も高まる。

---

305 拙稿「商取引紛争におけるグローバル訴訟制度の可能性」神戸外大論叢第60巻3号43～61頁（2009年10月）参照。

## 第3章 国際商事仲裁と紛争

### 第1節 商事仲裁における守秘義務

#### 3.1.1. はじめに

商取引のグローバル化により、その質量ともに複雑化、多様化、高度化、量的拡大という傾向において、効率的な紛争処理制度はどの程度構築され、合理的に機能しているのであろうか。国際商取引における紛争処理において、各当事者の債権債務に関する実体面の審理以前に、適用する判断基準や裁判管轄等の手続き面の問題が大きい。また現実的な解決手法としては大きく二つあり、具体的には国際民事訴訟制度と、国際商事仲裁制度がある。前者はその手続き面で多大な問題が伴うため<sup>1</sup>、企業間の商取引においては、後者が選好される傾向にある<sup>2</sup>。その利点の一つに手続きにおける柔軟性があり<sup>3</sup>、その他、国際民事訴訟とは異なる一審制、非公開、審理の集中、仲裁人は業界の専門家、という点があげられる<sup>4</sup>。企業の立場からすると、一審制で専門家の仲裁人という点から、短期間でトータルコストも安価に、という点が魅力であった。しかし近年において、国際商事仲裁の傾向が変化してきており、一言でいうと「仲裁の訴訟手続化」という傾向がみられる。仲裁裁定は各国ともに訴訟判決と同等の効力を有する強制力のある紛争処理制度であり、海外での強制的な執行まで考慮すると、国際民事訴訟と異なり、いわゆるニューヨーク条約があるため、国際商事仲裁の方がはるかに魅力的である、とされる。

しかし近年においては、仲裁においても手続き的瑕疵を根拠に、執行段階で訴訟になる事例が増えており、それゆえ仲裁においても、その手続きについて柔軟から厳格へとなる傾向にある。そのため期間は長期化し、手続きに伴う費用も発生し、トータルコストは訴訟と同等、もしくはより高額になる可能性もでてきている。そうした現状において、仲裁の魅力は何かというと、審議の非公開性である<sup>5</sup>。商取引が国際化するにおいて、より広範に、より複雑に、専

1 小林秀之『国際取引紛争（第三版）』第3章41～58頁（弘文堂、2003年）。国際商取引法に関する具体的な諸問題については次の文献参照。高桑昭『国際商取引法』第1・2章（有斐閣、2003年）；植田淳『国際ビジネスのための英米法入門』（法律文化社、2012年）。

2 企業間の国際商取引契約において、そのほとんど（most）に仲裁条項が存在している、という。Andreas F. Lowenfeld, *Can Arbitration Coexist with Judicial Review? A Critique of LaPine v. Kyocera*, ADR Currents, Spt. 1008, at 1, 15 n.28; Andrew T. Guzman, *Arbitration Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, 49 Duke L. J. 1279 (2000).

3 John Arrastia Jr. & Christi L. Underwood, *Arbitration v. Litigation: You Can Control the Process v. Process Controls You*, 64 Dispute Resolution Journal 31, 32 (Nov. 2009/ January 2010)

4 浅田福一『国際取引契約の理論と実際』399-400頁（同文館、1999年）。

5 拙稿「商取引紛争におけるグローバル訴訟制度の可能性」神戸外大論叢 第60巻3号43頁、55-56頁（2009年10月）。



門性も高く、という傾向から、より高度化した内容の仲裁が増えている。そうした場合、訴訟であれば公開の法廷で行われるため、競合する企業が傍聴すれば、争点項目や、技術レベルや内容について、知ることができる。企業秘密に属する内容についても、立証の材料として言及、公開しなければならない、ノウハウや技術が公開され流出する危険性が格段に高まる。一方こうした紛争について、仲裁に付託すれば非公開で行われるため、そうした知識技術、ノウハウが公開されることはない。さらに当該紛争の事実自体、対外的にはわからない。特に知的財産権に関連する紛争について公になること自体、当事者は嫌う<sup>6</sup>。

本節では、ここからが本題になる。仲裁の守秘義務（confidentiality）について、意外にも当事者の仲裁手続きに関して、その内容や方策等の具体的な議論がわが国では十分になされておらず、また国際的にも議論が分かれている、という現実がある<sup>7</sup>。また一方で、ICC 仲裁裁判所の前事務総長によると、実際の訴訟手続きにおける守秘義務的な面は減少しつつあり、むしろ中立性（neutrality）と効率性（efficiency）になりつつある、という意見もある<sup>8</sup>。現実企業に企業の立場からすると、自ら関与する紛争事案を公開するメリットは、ほとんどない。本節では、わが国において国際商事仲裁の守秘義務に関し、錯綜する法制度や仲裁規則の内容や傾向を把握し、商学的観点から<sup>9</sup>、その指針を示していきたい。具体的な課題としては、次の四つがある<sup>10</sup>。第一に、守秘義務は実際の担当者に対してどのように課されているのか。第二に、義務として課されている場合、その対象範囲はどの程度か。第三に、各規則において共通する、または矛盾する範囲はどの程度か。第四に、当事者の守秘義務に関する合意は、現実には有効となっているのか。まずは以上の問題を整理し、世界的な常設仲裁機関および ad hoc 仲裁における商事仲裁規則を検討し、さらに主権国家の仲裁法規を比較検討する。その後商学的観点からの、国際商事仲裁における守秘

6 Gregg A. Paradise, Note, *Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform*, 64 Fordham L. Rev. 247, 248 (1995).

7 中村達也『国際ビジネス紛争の解決』134頁（大学教育出版、2008年）。

8 Yves Derains, *Evidence and Confidentiality*, ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC ICAB), 2009 Special Supplement, at 57. こうした意見について筆者は、仲裁の中立性、および仲裁規則の国際的統一という可能性について、今後の研究課題としたい。

9 “Commercial”の定義について、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第1条の注釈では、次のように説明されている。「…商事性格のすべての関係から生じる事項を含むように広く解釈しなければならない…物品又は役務の供給又は交換のための商取引、販売契約、商業代理、ファクタリング、リーシング、工場建設、コンサルティング、エンジニアリング、ライセンス、投資、金融、銀行業務、…合併事業、…」。訳は、澤田壽夫『解説 国際取引法令集』438頁（三省堂、1994年）による。

10 Antonias Dimolitsa, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration*, ICC ICAB, 2009 Special Supplement, at 5,6.

義務について、当事者が留意すべき点を具体的に提示していきたい。本節の結論は簡潔には次の通り。

守秘義務に関する規定は、各国の仲裁法体系と仲裁機関の仲裁規則を比較すると、その文言や表現の程度は多種多様である。また両者において守秘義務を条文化して明示しているものと、していないものに大きく二分される。各国の仲裁法規はあくまで主権国家の法律という性質上、当事者の合意を法的に支援するものであるため、守秘義務の具体的内容について詳細に規定するものではなく、あくまで仲裁機関の商事仲裁規則が重要になる。またそれら商事仲裁規則においても、アメリカでみられるように、黙示の守秘義務は認められないものと、イギリスでみられるように、仲裁の本質から黙示義務を積極的に解釈するものと二分される。今後商取引紛争のグローバル化が進展すると、こうした二分する傾向も段階的に解消し、中長期的にはアメリカ型の明文化規定重視の統一化へ向かうのではと予想する。現段階では商学的観点からすると、取引相手国の仲裁法規や、契約書における紛争解決条項の仲裁規則に留意し、その内容と傾向を理解しておくべきである。次いでそれら仲裁法規および仲裁規則の解釈運用において明確な判断がなされていない曖昧な場合には、アメリカの傾向を基準として、仲裁合意の際に守秘義務に関する具体的項目についての明示的に合意すべきである。明示的合意の存在が、リスク軽減になる。ただしこれも中長期にわたる費用対効果という商学的観点から判断する必要があるため、守秘義務の対象となる項目について、検討対象に値する項目か否かを判断し、値するものであれば守秘義務事項として交渉できるよう列举し、明示的条文として当事者間の契約合意事項、という形式を確保することが好ましい。そうした守秘義務に相当する項目について、個々の企業にとっては大きな負担であるため、共通の土台となる制度の構築が望ましく、この点については今後の課題としたい。

### 3.1.2. 守秘義務の内容

守秘義務の範囲について世界的に統一された明確な基準はなく、実務的には、守秘義務に関する定義づけをすることではなく、守秘義務に該当しない例外事項について、どの程度定義づけできるか否か、という点にある<sup>11</sup>。これは守秘義務の範囲等を策定するのではなく、守秘義務に該当しない例外事項を具体的に列举し、特定することが現実的であり、ここではまず具体的項目について検討し、次いで例外事項について考察していきたい<sup>12</sup>。

11 Michael Hwang S.C. & Katie Chung, *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, 26 J. of International Arbitration 609 (2009).

12 *Id.* at 610-617.

## (1) 守秘義務を負う対象者

これは第一に、当該仲裁事案に関与している当事者を特定し、その関係当事者は原則、すべて含まれる。具体的には、最低限、関係する当事者 (parties)、弁護人 (counselor; attorney)、仲裁廷 (tribunal)、さらに Ad hoc でない常設仲裁機関による場合は、当該仲裁機関 (administering institution) の内部関係者 (inner circle) も原則対象者となる。そのため具体的な問題は、外部関係者 (outer circle) としての証人 (witness)、専門鑑定人 (expert) 等の責任範囲をどの程度にするか、ということになる。問題は、どこまで当該守秘義務を課すことに合理性がある境界であるかを策定することにある。これは一般包括的な規定により、線引きすることに合理性を有する性質のものではなく、個々の事例において当事者が具体的に判断することが好ましい。具体的には次の関係者が想定できる<sup>13</sup>。

- ① 当事者企業の関係者…当事者の株主、債券保有者、合併企業のその他メンバー、買収検討企業、補償保険を引き受けている保険者等<sup>14</sup>。
- ② 仲裁手続き中における弁護士、代理人、仲裁人
- ③ 証人、私的調査人、企業内弁護士、関連会社の役員、秘書、サービス提供企業など。

## (2) 対象となる内容

主として、審問の秘密 (privacy of hearing)、仲裁裁定の公表 (publication of award)、当該仲裁事案の存在自体、の3つがある。第一についてはほとんどの規則に明示の規定がある<sup>15</sup>。第二の仲裁裁定 (arbitral award) の公表については、ほとんどの主要仲裁機関が、その仲裁規則の条文中において、全当事者の合意なく公表しないこと (守秘義務) を課している<sup>16</sup>。第三については、ほとんどの仲裁規則において言及している規定がなく、明示の規定が存在するのはごく僅かである<sup>17</sup>。以上の点については比較的明確であるが、問題となる点は、

13 *Id.* at 626-627

14 当事者が国家 (states) の場合については、政治的な配慮や国家機密という点での配慮が必要とされる。Abby Cohen Smutny & Kristen M. Young, *Confidentiality in Relation to States*, ICC ICAB, 2009 Special Supplement, at 73, 77-78.

15 Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 6-7. その例外として次の四つある。①Chamber of National and International Arbitration of Milan ②German Institution of Arbitration (DIS) ③Singapore International Arbitration Centre (SIAC) ④Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration(KLRCA) (*Id.*).

16 LCIA art.30 (3); UNCITRAL art.32 (5); ICSID art. 48(4); SWISS art. 43 (3); AAA art. 27 (4); HKIAC art. 39 (3); DIAC art.37 (9), DIS art. 42; SIAC, KLRCA,BANI, WIPO など。また条文中に明示がない機関仲裁規則は、ICC, CIETAC, JCAA がある (Hwang S.C. & Chung, *supra* note 11, at 638 Fig.1)

17 SIAC, WIPO のみ。曖昧な関連するとして AAA, KLRCA がある (*Id.*)。

仲裁手続きにおける書類の扱いである。具体的には、訴答書面 (pleadings)、宣誓供述書 (witness statement)、仲裁付託合意 (submissions)、証言録取書 (transcripts)、一方当事者が開示した書類などがあり<sup>18</sup>、この点につき2008年のイギリスにおける判例 *Emmott v. Michael Wilson & Partners* (Emmott 事例)<sup>19</sup> において、少なくとも3種類に分類されることが示された<sup>20</sup>。

- ① 本質的に極秘扱いの書類
- ② 仲裁審理の必要性から、当事者が公開した書類
- ③ 仲裁裁定書

上記①の、本質的な極秘扱い (inherently confidential) とは、商標や特許で守られている商業上の情報のことであり、対外的保護と同様に、当該内容に関する具体的リスクを想定し、各自で契約書において明記する等の対策をとるべきである、という<sup>21</sup>。

### (3) 法的根拠

この点については各国で種々分かれているが、Emmott 事例においては、以下の根拠が示された。

- (a) 仲裁における守秘義務は、法により黙認され、仲裁の本質から生じるものである。
- (b) 守秘義務は、黙示条件として法の実体規則である。
- (c) 黙示義務は、仲裁の目的外に公表しないことを課している。
- (d) 守秘義務の内容は、商取引における手続きの流れにおける当該情報や、書類の性質により個別に判断されることが好ましい。
- (e) 開示が認められる場合は次の通り。
  - ① 当事者の明示もしくは黙示の合意
  - ② 裁判所の命令 (order) もしくは許可 (leave)
  - ③ 仲裁当事者の合法的利益を保護する十分な必要性が認められる場合
  - ④ 公共の利益 (public interest) もしくは正義の追及 (interests of justice) が公開を必要とした場合
- (f) 守秘義務の維持が困難となる場合。

### (4) 守秘義務が適用除外となる例外事項

商事仲裁の守秘義務についての最大の焦点は、例外事項の定義とその範囲の

18 Hwang S.C. & Chung, *supra* note 11, at 611. 訳は、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)による。

19 [2008]EWCA (Civ.) 184 (C.A.); British and Irish Legal Information Institute (BAIHI) の Website から入手可能。http://www.bailii.org/

20 *Id.* para 81.

21 *Id.* para 79-81.



決定にあるといえるであろう。一般的には、各国の判例により基準が若干異なるが、基本的には三点ある。第一に、商事仲裁に関係する全当事者の合意がある場合。第二に、開示することによる公共の利益（public interest）がより大きい場合。第三に、当該書類が法的権利の保護に必要不可欠であること、が挙げられる<sup>22</sup>。またイギリス法では、合理的必要性（reasonable necessity）基準が判例<sup>23</sup>により確立され、具体的には四点ある。第一に、必要とされている資料の仲裁手続きにおける性質や目的。第二に、仲裁手続きが行われる仲裁廷の権限と手続の適切性。第三に、請求される資料の開示による影響。第四に、他の方法で同資料を入手する実現性やコスト、が挙げられている<sup>24</sup>。

守秘義務による当事者の利益と、開示により得られる公共の利益とを比較考量し、後者が上回っているか否かの均衡により判断されることとなる。ただしその判断は、商事仲裁規則や仲裁法規により、その基準や判断が大きく異なっている。検討対象の項目については、一般に個々の規則によりその内容が異なるため、次に各仲裁規則および各国の仲裁法規における相違点と共通点を中心に、その特徴について把握していきたい。

### 3.1.3. 仲裁機関の商事仲裁規則

商事仲裁の効力を保証し、その手続きに関して一般的な規定を定めている各国の仲裁法規とともに、当事者にとっては具体的な細かい規則を定めた仲裁機関の商事仲裁規則の両方が必要であり、それぞれについて以下みていきたい。常設仲裁機関および ad hoc 仲裁の規則について、それぞれ内容が多種多様であるため、まず明示的に守秘義務を課していないもの、課しているものに分類する。

(1) 当事者に明示的に守秘義務を課していない仲裁規則<sup>25</sup>

- ① International Chamber of Commerce (ICC),  
Rules of Arbitration (January 1, 1998)
- ② Chamber of National and International Arbitration of Milan,  
International Arbitration Rules (January 1, 2004)

22 Gidepath BV and others v. John Thompson and others. [2005] EWHC 818 (comm.).この事例では、訴訟に必要な仲裁手続きの書類の開示を求めたが、Coleman 判事は「安易な裁判所による開示命令は、仲裁の守秘義務への介入（invasion）にあたる」として拒否している（*Id.* para 27.）。

23 Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trigor [1998] 1 Lloyd's Rep. 643, (1999) W L R 314, 327 E.

24 *Id.*

25 Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 13.カッコ内は、発行年月日。

- ③ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID),  
Arbitration Rules (April 2006)
  - ④ American Arbitration Association (AAA)  
International Arbitration Rules (May 1, 2006)
  - ⑤ International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber,  
Rules of Arbitration and Conciliation (Vienna Rules)  
(July 1, 2006)
  - ⑥ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC),  
Arbitration Rules (January 1, 2007)
  - ⑦ UNCITRAL Model Law and Rules.<sup>26</sup>
- (2) 当事者に守秘義務を明示的に課している仲裁規則<sup>27</sup>
- ① London Court of International Arbitration (LCIA),  
Arbitration Rules (January 1, 1998)<sup>28</sup>
  - ② German Institution of Arbitration,  
Arbitration Rules (DIS rules) (July 1, 1998)<sup>29</sup>
  - ③ Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration Rules for Arbitration  
(KLRCA Rules, 1998)<sup>30</sup>
  - ④ World Intellectual Property Organization (WIPO),  
Arbitration Rules (October 1, 2002)<sup>31</sup>
  - ⑤ Chamber of Commerce and Industry of Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud

---

26 同規則においては、守秘義務について何ら言及がない。(Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, para. 11-005 (2d ed. 2005)).

27 Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 9-13

28 LCIA art. 30(1): Unless the party expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain -save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.

29 DIS art. 43(1): The parties, the arbitrators and the persons at the DIS Secretariat involved in the administration of the arbitral proceedings shall maintain confidentiality towards all persons regarding the conduct of arbitral proceedings, and in particular regarding the parties involved, the witnesses, the experts and other evidentiary materials. Persons acting on behalf of any person involved in the arbitral proceedings shall be obliged to maintain confidentiality.

30 KLRCA Rules rule 9. (本文省略)

31 WIPO Art.73～75. (本文省略)

and Zurich Swiss

Rules of International Arbitration (SWISS Rules, January 1, 2004)<sup>32</sup>

- ⑥ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), Arbitration Rules (CIETAC Rules, May 1, 2005)<sup>33</sup>
- ⑦ Dubai International Arbitration Centre, Arbitration Rules (DIAC Rules, May 7, 2007)<sup>34</sup>
- ⑧ Singapore International Arbitration Centre Arbitration Rules (SIAC Rules, July 1, 2007)<sup>35</sup>
- ⑨ Japan Commercial Arbitration Association Commercial Arbitration Rules (JCAA Rules, January 1, 2008)<sup>36</sup>
- ⑩ Japan Shipping Exchange, Rules of the Tokyo Maritime Arbitration Commission (TOMAC, March 1, 2004)<sup>37</sup>
- ⑪ Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules (HKIAC Rules, September 1, 2008)<sup>38</sup>
- ⑫ International Bar Association, Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules, June 1, 1999)<sup>39</sup>

---

32 SWISS Rules art. 43 (1) & 44 (2). (本文省略)

33 CIETAC Art. 33(2): For cases heard in camera, the parties, their representatives, witnesses, interpreters, arbitrators, experts consulted by the arbitral tribunal and appraisers appointed by the arbitral tribunal and the relevant staff-members of the Secretariat of the CIETAC shall not disclose to any outsiders any substantive or procedural matters of the case.

34 DIAC Rules art.41 (1).

35 SIAC Rules art. 34 (1): The parties and the Tribunal shall at all times treat all matters relating to the proceedings, and the award as confidential. (2) A party or any arbitrator shall not, without the prior written consent of all the parties, disclose to a third party any such matter except: a. for the purpose of making an application to any competent court of any State under the applicable law governing the arbitration; b. for the purpose of making an application to courts of any State to enforce or challenge the award; c. pursuant to the order of or a subpoena issued by a court of competent jurisdiction; d. to a party's legal or other professional advisor for the purpose of pursuing or enforcing legal right or claim; e.in compliance with the provisions of the law of any State which is binding on the party making the disclosure; or f. in compliance with the requirement of any regulatory body or other authority. (3) In this Rule, 'matters relating to the proceedings' means the existence of the proceedings, and the pleadings, evidence and other materials in the arbitration proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings or the award arising from the proceedings but excludes any matter that is otherwise in the public domain.

36 JCAA Rule 40 (2): The arbitrators, the officers and staff of the Association, the parties and their representatives or assistants shall not disclose facts related to arbitration cases or facts learned through arbitration cases except where disclosure is required by law or required in court proceedings.

37 TOMAC Art. 39 (1). (本文省略)

38 HKIAC art.39. (本文省略)

これらから、各規則の文言の詳細は若干異なるが、当事者の義務およびその免除に関する規定内容は共通している<sup>40</sup>。まとめると、次の表の通り<sup>41</sup>。

Institutions	General Confidentiality	Existence of Arbitration	Documents used or generated	Arbitrator	Witnesses	Award
LCIA	✓		✓	✓		✓
ICC						
UNCITRAL						✓
ICSIG				✓		✓
SWISS	✓		✓	✓		✓
AAA	✓			✓		✓
SIAC	✓	✓		✓		✓
KLRCA				✓		✓
BANI	✓		✓	✓		✓
CIETAC	✓		✓	✓	✓	
JCAA			✓	✓		
WIPO		✓	✓	✓	✓	✓

以上から、仲裁規則における守秘義務は、仲裁人および仲裁裁定については原則として課せられており、一方、仲裁事案自体の存在、仲裁手続き中の証拠書類、証人等の扱い、の三点については見解が分かれている。親会社と子会社間などの多様な出資関係や、株主等の当事者に関する解釈も多様で複雑であるが、後者の三点については、仲裁規則においてもその取扱いが多様であるため、特に具体的内容については明示的合意が必要であろう。

### 3.1.4. 国家における仲裁法規

#### (1) 国家法が当事者に守秘義務を課していない法

- ① Norwegian Arbitration Act (January 1, 2005)<sup>42</sup>
- ② Australia case law<sup>43</sup>

39 IBA art.3.12: All documents produced by a Party pursuant to the IBA Rules of Evidence (or by a non-Party pursuant to Article 3.8) shall be kept confidential by the arbitral Tribunal and by the other Parties, and they shall be used only in connection with arbitration. The Arbitral Tribunal may issue orders to set forth the terms of this confidentiality. This requirement is without prejudice to all other obligations of confidentiality in arbitration.

40 Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 13.

41 Michael Hwang S.C. & Katie Chung, *supra* note 11, at 638. チェック (✓) されている項目は、各規則において守秘義務により保護されている。

42 *Id.* at 14-16. §5 Duty of confidentiality and public access: Unless the parties have agreed otherwise, the arbitration proceedings and the decisions reached by the arbitration tribunal are not subject to a duty of confidentiality. Third parties may not be present during arbitral proceedings when and to the extent that follows from the agreement between the parties.



③ Sweden case law<sup>44</sup>

④ United States<sup>45</sup>

(2) 国家法が当事者に守秘義務を課している国

① New Zealand—The New Zealand Arbitration Act of 1996

(as amended on 18 October 2007)<sup>46</sup>

② Spain- The Spanish Arbitration Act (effective on 26 March 2004)<sup>47</sup>

③ United Kingdom.<sup>48</sup>

④ Singapore<sup>49</sup>

以上から次の点が導かれる。

第一に、主権国家の仲裁法規において、守秘義務を課すもの、課さないものの大きく二分されている。前者においては、仲裁法等において条文中に明示されているものや、明文化されていないが判例等により黙示義務が認められ、実質的に守秘義務を課している国もあり、様々である。明文化されているものについても、典型的な例としてイギリスの判例にみられるように、その源泉を遡

43 ESO Australia Resources Limited and Others v. The Honorable Sydney Gas Light Co. オーストラリア法において守秘義務は、仲裁の本質的な黙示義務であるとはみなされず、当事者間の明示的合意によってのみ課せられるものである、という (Sarah C. Derrington, *An Illusory Distinction- The Australian & English Approaches to Confidentiality in Arbitration: Transfield Philippines Inc. & Ors v. Pacific Hydro Ltd & Ors*, 21 A & NZ Maritime L. J. 188 (2007). <https://maritimejournal.murdoch.edu.au/index/php/maritimejournal/article/viewFile/47/70> )。

44 Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. Al Trade Finance Inc., (Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 15). 最高裁において、スウェーデン法では、仲裁の守秘義務は仲裁合意に黙示的もしくは固有のものとして存在しない、という (*Id.*)

45 アメリカ連邦仲裁法 (the Federal Arbitration Act) および統一仲裁法 (the Uniform Arbitration Act) の両方において、当事者に守秘義務は課されていない。また連邦および州の判例の圧倒的多数 (overwhelming majority) が黙示の合意を認めていない、という。 (R. Reuben, *Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution* ! 62 Dispute Resolution J. (2007).

46 Article 14 A, B, C.

47 Title IV-The Conduct of Arbitral Proceedings, Art. 24-Principles of Equal Treatment of Parties and of a Fair Hearing.

48 The English Arbitration Act of 1996には明示的規定はなく、状況に応じて解釈する内容であるため、抽象的文言の明文化自体に否定的な傾向がある、という (Antonias Dimolitsa, *supra* note 10, at 18-19)。そのため判例の蓄積から、黙示義務が仲裁合意に付随することが導かれ、Ali Shipping Corporation v. Shipyard ‘Trogir’ ([1998] 2 All E. R. 136) ではその例外として、①当事者の合意、②裁判所の命令、③裁判所の許可(leave)、④合理的必要性、⑤公共の利益、の五つが列挙され、2008年の判例 (Emmott v. Michael Wilson & Partners [2008] EWCA Civ. 184) においても引き継がれている。

49 英国と同様、判例により支持されており、Myanma Yaung Chi Oo Co. Ltd. v. Win Win Nu ([2003] 2 SLR 547) において、イギリスの判例 Dolling-Baker v. Merrett Another (CA 1990), [1990] 1 W. L. R. 1205, [1991] 2 All E. R. 890)を参考に、仲裁当事者は、黙示義務を負い例外事項を列挙する、というイギリスと同様の形式をとっている。

ると商取引は本質的に私的行為であり、それを解決する私的制度として商事仲裁制度が萌芽した、という本質に着目し、当事者が国家の司法制度を利用する以前に、商事仲裁制度に合意したこと自体が、非公開性に同意しているという黙示の合意を含んでいる、という解釈である。これは商事仲裁制度の本質に鑑み、仲裁合意自体が黙示の非公開性に同意した、という解釈であり、これ自体、論理的に合理性があると考えられる。その延長線上に仲裁法改正に際して、明文化した国もあれば、判例で維持している国もある、というように解釈できる。ただしこの点につき、イギリスの判例から強く感じることは、条文化されてしまうと抽象的な文言自体が独り歩きし、現実の事件解決に役立たなくなるリスクとを天秤にかけ、現行どおりの判例の方が柔軟に対応でき効率的である、との伝統による賢明な慎重さを感じる。一方アメリカにおいては、条文や判例においても、こうした黙示の守秘義務を当事者に課していない。ただこれは守秘義務を軽視していることではなく、むしろ逆であり、アメリカにおいて当事者の守秘義務は原則的に明示的合意により行われ、仲裁法自体は大きな役割を担っておらず、本質的に商取引は私的行為であるため、公的な仲裁制度は大きな役割を果たすべきではなく、それは当事者合意に委ねるべきである、という趣旨である。

結果として対照的な立場を示しているアメリカとイギリスとを比較すると、国家法の仲裁法規として当事者に守秘義務を課しているか否か、という結果は一見して正反対であるが、その根源は同一のものである。商取引はあくまで私的行為であるため、私的行為として解釈すべきであるという姿勢がある。その解釈する方策が異なっているから、結果として正反対の内容に見える、ということである。

第二に、機関仲裁規則が現実には重要であり、ここでもその規則の条文中に明文化して当事者に守秘義務を課しているものと、課していないものに二分され、その内容は多種多様であるが、傾向としては課しているものが多い。課していないと分類されるものについては、むしろ守秘義務の内容を精査して個々の取引ごとに当事者が合意すべきであり、抽象的な包括的条文によって守秘義務を課すこと自体が、その解釈において危険性を含み、という慎重な立場からのものといえる。

### 3.1.5. 守秘義務に関する商学的考察

以上から、商事仲裁の守秘義務事項およびその例外事項について、法理論的な観点から考察した。その結果として次のことが導かれる<sup>50</sup>。

- ① 商事仲裁によける守秘義務の範囲は、判例、商事仲裁規則、各国家の仲

裁法規に定められるものであり、世界的に統一されていない。

- ② 守秘義務がある場合、その例外事項に該当する可能性のある多数の事項をどのように認定するかが、当該問題の核心になる。
- ③ 守秘義務の例外事項として、すべての可能性を列挙することは現実的には困難であるため、現実的な対応としては、仲裁手続きの開始時に、特に重要な項目については明示的に合意することにより、当事者の問題意識を反映させ、予想外の事態について解釈する際の根拠を提示する。

また、国際商事仲裁の代表的な指標である UNCITRAL と ICC の仲裁規則についてみていきたい。

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (モデル法) は、守秘義務に関する言及は、仲裁の私的手続き性 (privacy of the arbitral proceedings)<sup>51</sup> と仲裁手続きの守秘義務<sup>52</sup>、の二点のみである。UNCITRAL の考えとしては、仲裁手続きにおける守秘義務をそれほど重視しているわけでもなく<sup>53</sup>、その仲裁手続きの注記において、商事仲裁における当事者の守秘義務の内容範囲について、第一に国家法の規定は様々であること、第二に守秘義務に関する明示的合意がなく仲裁に付託した当事者は、黙示の守秘義務が認められない法体系があることを認識すべきであること、第三に当事者の守秘義務の意識についても相違があること、の三点について確認をしておくことが重要である、という<sup>54</sup>。

また ICC Rules of Arbitration では、仲裁の私的手続き性 (privacy of arbitral proceedings)<sup>55</sup>、仲裁関連情報の守秘義務 (confidentiality of arbitration related information)<sup>56</sup>、国際仲裁裁判所の業務 (work of the international court of arbitration)<sup>57</sup> の三点において守秘義務に関する規定があるが、消極的なものとい

50 Michael Hwang & Katie Chung, *Protecting Confidentiality and its Exceptions -The Way Forward?* ICC ICAB, 2009 Special Supplement, at 39.

51 UNCITRAL Arbitration Rules art. 25 (4): '... Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise.'

52 UNCITRAL Arbitration Rules art. 32 (5): '...The award may be made public only with the consent of both parties'.

53 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-second session, 17 May~ 4 June 1999, A/54/17, para.359; P. Bind, *International Commercial Arbitration and Conciliation*, in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, para11-005 (2d ed. 2005).

54 Michael Hwang & Katie Chung, *supra* note 50, at 44-45.

55 ICC Rules of Arbitration art. 21 (3): The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted.

56 ICC Rules of Arbitration art. 20 (7): The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

える。この規則は国際的にもよく利用されているが、各国の仲裁法規や判例の顕著な相違を統一する規定を定めることは難しいため、積極的になりにくい状況がある<sup>58</sup>。

以上から商学的観点からの対応として、商事仲裁における守秘義務の一般原則が多種多様である現実から、当該義務については仲裁合意書、もしくは仲裁規則において明示的にしておかなければならない。明示的合意はどの国の法制度や仲裁規則においてもほぼ認められているため、明示的条項を挿入することがリスク回避になるであろう。また当該文言の準拠法（規則）等についても具体的に検討・交渉し、文言・文章により明示的に記録しておくべきであろう。仲裁合意の文章として、具体的には次のような内容が考えられる<sup>59</sup>。

Unless disclosure is required (i) by statute, ordinance or stock market regulations or (ii) to protect the parties, the parties and the members of the Arbitral Tribunal undertake to keep arbitration private and confidential and not to publish, disclose or communicate any information relating to this arbitration, in particular the procedure followed, documents exchanged, evidence produced and all procedural formalities.

However, each of the parties may disclose such information to any person bound by an obligation of confidentiality. The parties shall make this clause known to any third party that participates in this arbitration, in whatever capacity, including witnesses and experts.

商事仲裁の守秘義務は抽象的文言で統一が難しいため、上記の文章を一般条項として挿入し、それを修正もしくは特約を付す、という形式で、詳細な規定を追加し補足する、という形式が好ましいであろう<sup>60</sup>。現実には守秘義務の対象となる内容とその程度については、当事者の意思によるところが大きい。そもそも当該取引および商事仲裁の直接利害関係を有する最たるものは当事者自身であり、その当事者が自己の責任でもって判断する性質のものである。具体的

57 ICC Rules of Arbitration, Appendix I, Statute of the International Court of Arbitration art. 6: The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to the materials submitted to the Court and its Secretariat.

58 Michael Hwang & Katie Chung, *supra* note 50, at 45.

59 Serge Lazareff, *Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections*, ICC ICAB, 2009 Special Supplement 81, 87-88.

60 George Burn & Alison Pearsall, *Exceptions to Confidentiality in International Arbitration*, ICC ICAB, 2009 Special Supplement 23, 37-38.



にどの程度の費用をかけて検討し、どの程度交渉するかという点については、最大の利害関係を有している当事者が個別具体的に検討することが効率的である。

また守秘義務が破られた際の救済については、結論的には十分でないといえる。例えば損害賠償では、20万フランスフラン（約3万ユーロ）が認められた事例もあるが<sup>61</sup>、一般に裁判所はその算定には消極的であり、そもそも困難である、という<sup>62</sup>。また公表の差止命令の事例も若干あるが<sup>63</sup>、例外的である。そのため守秘義務が守られなかった場合についても、理論的にはその解決方法につき事前に具体的内容を想定し合意しておくことが、法学的には賢明である。

現代的課題として、市場に対する開示が求められる可能性が高まっていることも考慮する必要がある。具体的には取引主体である企業という法人組織を細かくみると、株式所有者によって構成されているため、株主と当事者は同一である、ということもでき、さらに現有の投資家だけでなく、将来の投資家に対して当該企業に関する投資情報の一つとして関連する。潜在的な危険も利益も、投資家に対する情報公開として一般に開示する、という趣旨である。実際に株主、監査人などへの情報の提供は義務であり、適時、信頼性のある完全な情報提供は金融市場への参加を前提とした義務であり、市場の透明性を高め効率的な情報開示は不可欠であるという<sup>64</sup>。現実にニューヨーク証券取引所（NYSE）は、1万5千ドルを超える訴訟もしくは仲裁事案について、監査報告書に記載することを義務付けている<sup>65</sup>。株式市場等に上場し広く市場から資金調達する場合、その投資家は公平な情報に基づき、投資の是非を判断することになるため、仲裁を含めた紛争事案についても情報の開示を義務付けている、ということであろう。ここでは商取引は私的行為ではなく、市場という社会の公器を利用していることから、半ば公的行為でもあり、ゆえに情報開示が不可欠である、という論理である。従来 of 相対取引という私的行為による商行為だけではなく、広く市場に相手を求める状況が一般化するにつれ、公的要素が大きくなり、その責任も増大する、といえるだろう。

61 Aita v. Ojeh, 18 February 1986, Rev. Arb. 1986, 583 (*Id.* at 85, 88)

62 Serge Lazareff, *supra* note 59, at 88.

63 Publicis v. True North, Paris, 22 February 1999 (*Id.* at 89 n.45)

64 V. Denoix de Saint Marc, *Confidentiality of Arbitration and the Obligation to Disclose Information on Listed Companies or During Due Diligence Investigations*, 20 J. of Int'l Arb. 211 (2003).

65 NYSE Rule 351(a), <http://rules.nyse.com/NYSE/Rules/>

### 3.1.6. 第1節の小括

近年の高度化した商取引では、一つの製品を少数の企業で完成することは少なく、また困難になりつつあり、分業の効率性からグローバル化による専門性がより高度になる傾向にある。一つの製品を完成させるために数百の企業が部分的に関係している取引形態が一般化しつつあり、さらに知的財産権に関する項目も含めると、当事者という概念・定義自体が難しくなる。また逆に各部品メーカー等は、個別の情報については専門的に詳しいが、製品全体については理解が不十分になる、という危険性もある。

商事仲裁制度は元来、国家司法制度に頼ることなく、商人の当該業界内で紛争を効率的に解決することに源泉があり、それゆえ商事仲裁は本質的に私的な守秘義務性を帯びており、その例外として公共の利益がその守秘義務性を超える場合を公開の対象とする、というものである<sup>66</sup>。そのため守秘義務をめぐる紛争解決手段としては私的解決方法が源泉であり、現実にも一般的な解決手段（customary method）といえる。商取引自体が私的行為であり、それゆえ商事仲裁も非公開性を有している。その点につき、PICCにおいても条文において規定されている<sup>67</sup>。その性質上、当該取引の詳細が当事者以外の外部に漏れること自体、当事者にとって利益になることはなく、不利益が大きい。商事仲裁に限らず当事者が当該取引の内容を、直接関係のない第三者へ開示することはなく、ましてや紛争の内容やその存在自体を知られることは、紛争の真偽に関わらず風評流布の対応や実害を想定すると、大きな損失になる可能性が高い。要するに、商取引は本質的にその詳細な内容を第三者に公開することは、その利益不利益を比較考量すると不利益の可能性が圧倒的に大きい。商取引は中長期的な観点からの合理性に基づいて判断されるため、不合理な判断は選好されない。それゆえ商取引紛争の解決手段としての商事仲裁制度においても、守秘義務は最重要項目の一つとして認識されている<sup>68</sup>。その根本的性質は変わらず、それを踏まえたうえでの具体的な対応を模索する必要がある。

商取引を取り巻く状況を冷静に鳥瞰してみると、19世紀以前20世紀、21世紀

66 Serge Lazareff, *supra* note 59, at 81.

67 PICC art. 2.1.16 (Duty of Confidentiality): Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

68 欧州およびアメリカの仲裁利用者に対して1992年に実施された London School of Business の実証調査研究によると、守秘義務は仲裁制度の大きな利点の一つである、という。Editorial, *The Decision of the High Court of Australia in ESSO/ BHP v. Plowman*, 1995 *Arbitration International* 231.

と三区分別し、それぞれ解釈すると、19世紀以前は、国際商取引の量的数量自体が大きくなり、また各業界の独立性が高く内的影響力が大きいため、商事仲裁は効率的に機能していたといえるであろう。その後20世における国際商取引は数量的に拡大し、一方で国内産業の保護振興するための主権国家の権限とともに、国境の意義も政治経済的に大きくなった。商事仲裁においては、いわゆるニューヨーク条約で仲裁最適の執行がグローバル規模で担保されている。21世紀においては、グローバル商取引が質量ともに効率化によって急拡大し、投資を含めモノやサービスの輸出入における国境の役割は小さくなり、そうした面で主権国家の影響力やその意義自体が弱く小さくなりつつある。

主権国家がグローバル商取引を規律する、という思考方法ではなく、グローバル商取引自体が効率的な市場を求めて移動する、という従来とは180度転換した正反対の状況になりつつある。そのため本節の守秘義務についても、各仲裁規則や仲裁法では多種多様であるが、自然と効率的な複数の規則に収斂され、規律する実体法の規則が統一される可能性もある。市場原理により非効率的な制度・規律は自然と淘汰され、本稿の主題である商事仲裁における守秘義務に関する研究においても、学術的に体系的に整理される可能性がある。商学的観点からの結論は、次の通り。

第一に、商取引は私的行為であり、商取引紛争を効率的合理的に解決する手法として、商事仲裁制度が構築されてきた、という本質を認識する必要がある。そのため主権国家における仲裁法規や各種判例、また商事仲裁規則における守秘義務規定の存否に関わらず、商事仲裁制度は本質的に守秘義務性を帯びたものであることの認識が大切である。

第二に、主権国家における仲裁法と、商事仲裁規則等を区別して認識する必要がある。通常、仲裁制度は何らかの商事仲裁規則に従い、当事者の合意に基づいて商事仲裁が行われ、各国の法制度は私的行為である商事仲裁を尊重するために仲裁規則が重要であり、その内容は千差万別であるため、その選択においては内容を十分に検討した上で慎重にすべきである。

第三に、商事仲裁においては原則、当事者合意が優先的に尊重されるため、対象となる守秘義務の内容を精査検討し、具体的に交渉の後に明示的に合意することが重要である。

今後の課題としては、守秘義務の方式やその項目や例外事項についても統一されていない現状から、各商事仲裁規則、各国仲裁法や各国における代表的な判例等を項目ごとに比較検討し、体系的にまとめ、当事者が個々の取引事例に応じて、選択できる仲裁規則の統一化の可能性について検討し、考察を深めていきたい。

## 第2節 国際商事仲裁における Incoterms

### 3.2.1. はじめに

国際商業会議所（International Chamber of Commerce; ICC）の「Incoterms 2010」<sup>69</sup> が公表された。ICC News によると、ICC 各国委員会（ICC national committees）による正しい使用法のセミナーや普及活動が、アジア、アフリカ、ヨーロッパ、米国の各国で複数回行われた、という<sup>70</sup>。国際商取引における物品売買契約、いわゆる貿易取引の分野においては、ICC の Incoterms が古来より最も重要な役割を果たしているが、その初版である1936年より以前に定型取引条件（trade terms）<sup>71</sup> として FOB が1812年、CIF が1862年に、イギリスの判例においてその記録が残されている<sup>72</sup>。Incoterms 2010の解説については、高質な論稿が多数あるため<sup>73</sup>、本節では、国際商事仲裁における Incoterms について、各条件・ルールが争点に関与した事例を取り上げ、仲裁廷（arbitral tribunal）においてどのように扱われ、どのように解釈され、どのような問題点があるのかについて、複数の事例を参照する。そうした現実の事例に基づき、今後当事者が Incoterms を利用する際の商学的観点からの方策について提言したい。結論は簡潔には次の通りである。

国際商取引で使用される定型取引条件（trade terms/rules）の標準化とその解釈は実務的にも関心が高く、それゆえ ICC 当局も不確定要素を極小化する手

69 2009年9月6日に ICC 理事会で承認され、同月27日に内容を公表、2011年1月1日発効。2010年版より正式には「®」が付されることとなったが、本稿では省略し、「Incoterms 2010」と表記する。なお ICC 日本委員会の新堀聰先生の講演会で、ICC は®を他のルールと区別する意味でつけてほしいと推測されるが、ICC 本部から具体的な指示はない、という（2011年11月17日国際商取引学会第14回全国大会記念講演、日本大学）。

70 ICC Trains Users Worldwide on New Incoterms Rules, <http://www.iccwbo.org/index.html?id=40880>

71 Incoterms 2000までの各版は、「trade terms」（条件）という表記であったが、Incoterms 2010から「rules」（規則）という表記をするよう明確にしている。これは EU やアメリカ等における域内取引の実態を念頭にした利便性を反映したものという（田口尚志「2010年インコタームズについての若干の考察」日本貿易学会第51回全国大会 報告ハンドアウト2-3頁、2011年5月28日、京都産業大学）。

72 朝岡良平『貿易売買と商慣習（第三版）』3頁（東京布井出版、1981年）。

73 ICC 日本委員会の新堀聰先生による多数の論稿がある。「インコタームズ2010の解説」JCA ジャーナル 第57巻11号（2010年11月）、「インコタームズ2010と貿易実務」Business law journal 第4巻4号（2011年4月）；「インコタームズ2010とウイーン売買条約の関係」Business law journal 第4巻5号（2011年5月）；西口博之「インコタームズ最新版 Incoterms 2010—従前の Incoterms 2000版との比較において」国際金融 第1219号（2010年12月1日号）；三倉八市「インコタームズ2010と EXW 及び DDP の検証（前編）」JCA ジャーナル 第58巻3号（2011年3月）；飯田勝人「Legal Topics10年ぶりに改訂されたインコタームズ」金融法務事情 第58巻26号（2010年12月25日号）；中原晋吾「インコタームズ 2010発効に向けた実務上の対応」NBL 通巻942巻（2010年12月）；芳川達夫「Incoterms 2010 規制の動向」国際商事法務 第39巻1号（2011年1月15日）等参照。



段として Incoterms を定期的に整備・改良しており、ICC の存在理由でもある。ただし Incoterms の規定自体の整合性以前に、当事者の理解や運用に問題が多々あることがみられた。例えば Incoterms に言及することなく FOB などを使用している事例、Incoterms を引用しているが年版が不明確な事例、Incoterms を準拠法として指定している事例、当事者間の長年の商慣習に従い、定型取引条件を独自に修正し使用している事例、Incoterms 本来の規定内容から逸脱した誤用例などがみられる。特に最近30年で急速に普及したコンテナによる国際複合一貫輸送システムにおける運用上の面から、海上運送条件 (maritime terms) に関する問題が大きい。ただし Incoterms の定期的改訂において、これら国際商事仲裁における具体的事例からの教訓が、あまり反映されていないことは残念に感じる。そのため ICC には幅広くかつ積極的に現実の商取引慣行を取り入れた規則の改訂、貿易実務家が理解しやすいよう条件 (規則) を集約し、簡潔な内容になることを期待したい<sup>74</sup>。一方で利用する貿易取引の実務担当者は、根本的に両当事者の不十分な理解、または誤解したまま利用している事例がみられることから、議論の土台となる現行の Incoterms を正しく理解するため、勉強会などを積極的に実施することが望まれる。定期的に改訂されること、各年度版により内容が異なること、当事者独自の条件・規則を使用した場合には自己責任が伴うこと、紛争回避のために相手方への啓発や、紛争発生時の効率的な解決のため、書面を記録として残し、合理的に整理・管理することが望まれる。

### 3.2.2. Incoterms の意義と経緯

事例研究を検討する以前に、Incoterms 誕生の経緯について簡単に確認しておきたい。1920年パリで開催された ICC の全体会合 (organization meeting) で採択された解決策第13には、次のような文言があった。「FOB や CIF といった船積みおよび見積もり条件の異なった解釈から生ずる当事者の不都合を鑑み、国際運送を伴う売買契約で使用される条件 (terms) の重要性から、国際的な運送と見積もり条件の『辞書』として明確な定義と記号化が ICC によりなされるべきである」<sup>75</sup>。その後、1936年に Incoterms が初めて作成され、近年では

74 Incoterms 2010は、11規則となり、前版の Incoterms 2000の13を若干集約されたが、その内容はすべて D 条件で海上運送条件ではない。筆者は将来的には、EXW (Loco), DDP (Franco), FOB (FCA), CIF (CIP), CFR (CPT) の 5 種類に集約され则认为している。貿易実務業界はアナログ的色彩があるため実務慣習の拡大定着には一定の時間がかかるが、将来的には、技術的進歩により、複合一貫輸送、貨物海上保険、代金決済、通関手続き、その他行政など、体系的システムが効率的に整備され、荷主や Forwarder が PC 端末で運用・管理できると考えている。

ほぼ10年ごとに改訂されている。改訂の際には、国際商事仲裁等における貿易実務の実態がかなり反映されているものと考えられがちであるが、実際には直接具体的な事例に基づく条文は少ない。これは元来、商事仲裁は非公開であるため、仲裁裁定の詳細な検討は難しいという事情による<sup>76</sup>。Incoterms 2000の改訂に先立ち、1988年から1999年までの定型取引条件を含む、仲裁裁定80件について実証調査したところ、次の通りであった<sup>77</sup>。

- ① 40件が Incoterms に言及している。
- ② 定型取引条件に言及していた約70%に FOB がみられる<sup>78</sup>。
- ③ Incoterms に言及していた20%に FOB がみられる<sup>79</sup>。

ICC 国際仲裁裁判所 (ICC International Court of Arbitration; ICC ICA) は1923年に設立以来、1万7千件以上の事案を取扱い、2010年だけでも新規で年間793件 (2145当事者、145カ国) をも扱っており、実質的に国際商事仲裁を扱う常設仲裁機関としては最大規模であろう<sup>80</sup>。それでは以下、具体的事例についてみていきたい。

### 3.2.3. ICC 仲裁裁判所における具体的事例<sup>81</sup>

#### ①Case 8838 (April 2000, Basel, Switzerland)

申立人 (スイス、売主) は、被申立人 (台湾、買主) と化学製品 (chemical product) の売買契約を1994年に締結した。契約書では、準拠法はスイス法お

75 ICC Proceedings Organization Meeting, Paris, France, June 23-30, 1920, Appendix B, Resolutions Adopted, at 187.

76 Emmanuel Jolivet, *Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce*, 21 ICC ICAB 53 (2010). ICC は仲裁裁定集として現在まで、次の6巻を発行している。Collection of ICC Arbitral Awards vol. 1 (1974-1985), vol. 2 (1986-1990), vol. 3 (1991-1995), vol. 4 (1996-2000), vol. 5 (2001-2007), vol. 6 (2008-2011).

77 Jolivet, *supra* note 76, at 54.

78 その他の条件は、CIF, C&F, FOB, Free at Factory.

79 その他の条件は、CIF, C&F, EXW, CFR, CIP, DAF, DDP, DDU, CPT, CAF, FCA.

80 ICC website <http://www.iccwbo.org> 実質上というのは、取扱件数自体は、アメリカ仲裁協会 (AAA)、特に1996年に分化した国際紛争センター (the International Center of Dispute Resolution; ICDR) は年間数百件 (several hundreds of ...) 取り扱っている。  
<http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/icdr/>

ICC ICA では明らかに欧州企業が多く、AAA ICDR ではアメリカ企業が多いという特徴がある。アメリカでは Incoterms の普及が不十分であること、Incoterms の作成母体が ICC で、その本部もフランス・パリであることから、Incoterms の影響力を鑑みて、ICC 国際仲裁裁判所における事例のほうが適切であると判断した。将来的には、大きなテーマの一つとなる ICDR の事例研究にも取り組みたいと考えている。

81 ここで取り上げる事例は、脚注76の仲裁裁定集により番号で検索し詳細を確認できるため、個々の引用頁数などは省略。カッコ内は仲裁裁定日、仲裁地を表し、本稿では紙数制約上、要点のみを取り上げ詳細な内容等は省略する。

よび CISG とされ、買主の代金一部未払いの支払いを求め、仲裁に付託した。買主側は、商品の一部欠陥 (defective) による減額相殺を主張した。契約条件は、「C&F F.O. one of Ports of Taiwan」であり、またその解釈は裏面条項において Incoterms 1990 に準拠するが、その後改訂があればそれに従う (Incoterms 1990 and its subsequent amendment to apply, …) とあった。

当該取引において言及されている Incoterms 1990、その後改訂された Incoterms 2000、さらにすべての Incoterms の年版において「C&F F.O.」条件は存在しないが、その解釈として仲裁廷 (arbitral tribunal) は、両 Incoterms (1990 と 2000) で規定されている「CFR」を基礎とし、傭船契約等で一般に利用されている F.O. (Free Out) とを組み合わせ、仕向地での積み下ろし費用は買主負担の条件での契約、と判断した。両 Incoterms の「CFR」によると、危険移転は「船積み地の船舶欄干上を通過」する時点で、売主から買主へ移転し、品質も積地条件とされる。原告はロシアの製造業者の検査レポート (Inspection Report) を根拠に品質に問題はないとしたが、これは契約書第7条にある「品質検査官 (quality surveyor)」ではなく、申立人の主張は契約書の変更に相当し、当該検査レポートの価値が不十分である判断した。また船長 (master) の商品の品質状態に関する懸念が記録されていること、ロシアの供給業者による無故障の積み込み書 (the clean bill of loading) の存在は、商慣習としてかなり特異 (highly unusual) であることから、申立人の主張は信頼できないと判断され、被申立人の主張が支持された。

本件の要点は四点ある。第一に、Incoterms 自体に規定されていない当事者独自の定型取引条件を利用していること。F.O. 自体は不定期船の傭船契約で頻繁に利用されており、貿易取引の形態としては一般的にみられるが、一般には FAS (Free Alongside Ship 船側渡し) 条件と組み合わせ、また F.I. (Free In) とともに利用される。一方で CFR は定期船において多く利用されているため、F.I. や F.O. との組み合わせで利用されることはほとんどない。そうした認識を両当事者が共有していたか否かについては、若干疑問がある。おそらく認識せず、前任者から引き継いでそのまま慣習的に利用していた、と推測する。第二に、年度版にまたがった取引であること。商取引の開始時に一般取引条件として「trade terms」の解釈規定があり、これ自体は一般的であるが、定期的に改訂されることに関する当事者の認識が不十分であった。契約の成立条件であるから、通常は契約成立時の Incoterms になる。そこで利用されている定型取引条件や、その規定内容について、正確な知識と理解が必要である。第三に、Incoterms の規定内容を正確に理解すること。当事者独自の定型取引条件の利用は、貿易実務においては散見されるが、この仲裁事例でも適用されたとおり、

既存の Incoterms の規定内容に近似したものが類推適用され判断されることから、Incoterms の正確な理解がその基礎となる。本件においては、危険移転の時期や、品質の判断時期等について CFR の規定に基づいて判断されたが、当事者がそうした認識を持っていたのかは若干疑問がある。第四に、主張の根拠となる証拠を提示できること。仲裁においても合理的に説明できる当事者が有利になるため、当該取引だけでなく、過去の取引や、他当事者との取引等についても記録を残し、商慣習として適宜主張の根拠となれるよう、文面等の書類整理と管理が重要である。

## ②Case 9229 (December 2001, Zurich, Switzerland)

申立人（保険会社）は、被申立人（ドイツ製造業者、売主）が、ヨーロッパのある国防省（買主 X）とエンジン供給の契約をし、FOB 条件の引渡しと、梱包と輸送（packaging and transportation）の特別条件が付されていた。輸送途中に商品が破損したため、製造業者の梱包の不適切性（inadequacy）をめぐる紛争が発生した。申立人である保険会社は X に損害賠償を支払い、請求権を代位して仲裁を申し立てた。契約は1991年3月24日にスイス法を準拠法として締結され、同法では、荷主の義務として、運送手段の質、特殊貨物の適切性、適切な手段での梱包、の三点を綿密に調査する（scrutinize）義務が課せられている<sup>82</sup>。

Incoterms 1990の FOB 条件では、海外向けの商慣習に従って梱包されるものとする（all supplies should be packed according to customary practices for overseas shipment）と規定され、通常の梱包（standard packing）以上の頑強さが要求される。一方、被申立人はドイツ連邦裁判所における「慣習的梱包（customary packing）とは、船積み地の時点と場所において船積み実務としての標準レベル」を引用し、反論した。契約書には、売主が海外輸送と同水準の安全で堅固な梱包にすること、保障については FOB 引渡し以後の不完全な梱包（faulty packing）を含み売主は責任を負わないこと、検査方法やその場所、品質確認は売主、またはその下請け業者の場所で行われる旨の規定があった。ただその梱包の検査・確認方法については、具体的に何ら明記されていなかった。ドイツでは一般に、工場出荷時基準（Factory Acceptance Test; FAT）が通常であり、商慣習的梱包（customary packing）には専門家の助言までは要求されていない。一方、準拠法であるスイス法によると、海上保険業者は当事者の懈怠（negligence）の範囲のみ補償請求できる、という<sup>83</sup>。買主付保の海上保険では、

82 OR 441 & 442 (Jolivet, *supra* note 76 at 56).

83 Jolivet, *supra* note 76, at 60.



梱包の不十分性や不完全性 (insufficiency or unsuitability) に関する損害については、ロンドン保険業者協会の協会貨物約款 (ICC) の規定では、保証しないとされている<sup>84</sup>。それにもかかわらず申立人 (保険会社) が、買主 X に保険金を支払った行為は自発的なものであり、その支払い行為を根拠に被申立人が賠償責任を負うとの結論を導くことはできない、とした<sup>85</sup>。

本件の要点は二点ある。第一に、準拠法と取引実務の関係である。契約書ではスイス法を準拠法とする、とされていたが、被申立人はドイツ法の判例を根拠に主張を展開した。準拠法であるスイス法にも規定はあったが、いずれにしても国内法での実質的判断は現実には困難であり、限界がある。手続き的には準拠法の手順は適切であるが、現実には実質的判断の根拠となる契約書の文言、その解釈根拠となる Incoterms、さらにそれを底辺で支持する CISG などを含め、国際商取引を総体的に理解し運用することが重要である。第二に、運送時の梱包が重要なものであれば、個別に交渉してその内容について、具体的に契約書等に明記することが重要である。FOB などの Incoterms は原則、外国貿易で利用されているものであり<sup>86</sup>、海上輸送を想定して通常以上の梱包が規定されていることは当然で、貿易ではそれがあくまで一般的な水準である。さらに繊細な商品、例えば精密機械、化学薬品、危険物など特殊な製品については、別途契約時に詳細な取り決めを行い、具体的な内容として確認すべきである。品質の検査方法なども含め当事者間で交渉し合意に至り、記録に残しておくことは、紛争発生を予防することにもなり意義深い。

### ③Case 10228 (August 2000, London, U.K.)

申立人 (英国領ヴァージン諸島、買主) は、被申立人 (Cyprus, 売主) から一定数量 (a given quantity) の穀物 (cereals) を購入する契約をした。引渡しは Incoterms 1990 の CPT 条件で、契約書では引渡し遅延に対して、予定損害賠償 (liquidated damages) が定められていた。その後実際には、引渡しは行われなかったため、申立人は損害賠償を求め、仲裁に付託した。契約書の仲裁条項では、紛争時は友誼的に (amicably) 解決を目指し、それがうまくいかない場合にはロンドンの仲裁機関で、ICC 仲裁規則により、準拠法は Incoterms 1990 とする旨の規定があった<sup>87</sup>。ICC 仲裁規則第17条には次のような規定があ

84 Institute Cargo Clauses (A) clause 4.1.

85 Jolivet, *supra* note 76, at 60.

86 Incoterms 2010より、EU 域内での取引急増の現状から、広義の国内取引での利用も想定された規則に改訂されている。これも Incoterms 始まって以来初の規定である。

87 Jolivet, *supra* note 76, at 61.

る<sup>88</sup>。

1. 当事者は紛争の実体・本案 (merits) に対して、仲裁廷が適用する法を自由に合意できる。この合意がない場合、仲裁廷は適切と考えられる法規則 (rules) を適用するものとする。
2. すべての事例において、仲裁廷は契約書の条項と関連する商慣習を考慮し判断するものとする。

契約書では準拠法に関する明示の合意がなかったため<sup>89</sup>、ICC 仲裁規則により、当事者の黙示の意思を推定し、適切な法規則の指定が一般的である。仲裁地をイギリス・ロンドンとの合意があったため、準拠法はイギリス法、との推定が妥当であり、判例学説ともに支持されていることから<sup>90</sup>、実際に仲裁廷ではそのように判断され、イギリス法が準拠法とされた。

本件の要点は、準拠法指定がない場合の仲裁裁定の判断である。これは国際民事訴訟との大きな相違点であり、また商学的観点からの利点でもあり重要である。ICC 仲裁規則にある通り、仲裁廷に実体法の選択や適用に強い権限を与えていることがある。極端に言う、準拠法選定などの法的手続きについて厳格に決定せず、曖昧な状態にしておき、必要に応じて当該取引と関係が深いものから、一般には契約書、当事者慣行、さらに Incoterms などの順に基準として判断するという構成をとることもできる。大きな争点が早期に浮上することになれば、それだけ早期に問題解決が容易になり、結果として国際商事仲裁の効率的制度運用となる。仲裁裁定の執行がいわゆるニューヨーク条約で担保され、仲裁廷の権限も ICC 仲裁規則で明示されていることから、個別の判断を支える枠組みが強固な点が、商事仲裁の大きな利点の一つであるといえる。

ただし、本件のような準拠法を指定しない事例は、あまり好ましくない。本件では、仲裁合意の規定がロンドンであったため、イギリス法が準拠法として推定された。一般に準拠法指定は「履行地」とされるが、Incoterms における履行地は、「引渡し」地が相当するため、本件では売主国になる。これも例えば代理店を通じた取引で、当事者の国を経ず、製造国から直接、買主指定の転売先へ指定された場合等は、売主と買主の当事国以外の第三国が準拠法となる可能性がある。その点に曖昧であっても国際商事仲裁では実態に即して判断さ

88 ICC Rules of Arbitration (2012) art.17.なお訳文は筆者による。なお2012年に新規則が発効している。ICC Rules of Arbitration (2012).

89 Incoterms は援用可能約款であり、本質的に準拠法とはなりえない。

90 Dicey & Morris on the Conflict of Laws. 判例として次のものがある。Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. [1971] A.C.572; Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co. [1984] A.C.50; Egon Oldenroff v. Libera Corporation (No.2) [1996] 1 Lloyd's Rep.

れる傾向があるため、問題が発生する可能性は低い、国際民事訴訟の手続きを想定すると、最低限度の準拠法指定は合意し、規定した方が好ましい。

#### ④Case 10418 (May 2000, Paris, France)

申立人（ドイツ、売主）は、被申立人（ロシア、買主）に化学薬品（pharmaceutical products）の売買契約を、準拠法の指定なく、CIP 条件で締結した。商品の引渡しは1996年8月21日に行われたが、一部代金が未払いであったため、売主は残額の支払いを求め、仲裁に付託した。

契約では引渡し後90日払いの条件であったため、1996年12月1日には支払期限が到来していた。Incoterms 1990のCIP 条件では、売主は買主指定の運送人の管理下に商品を引き渡した時点で、引渡しは完了する、と規定されている<sup>91</sup>。被申立人は商品に関する品質および数量について何ら抗弁しなかったため、仲裁廷は Incoterms の規定および商慣習からも、支払期日が到来していると判断し、被申立人に支払いを命ずる仲裁裁定を下した。

本件の要点として、引渡しの義務をめぐって Incoterms の規定を根拠に判断した事例であり、具体的には在来船条件（FOB, CFR, CIF）と複合運送条件（FCA, CPT, CIP）との相違を当事者がどの程度正確に認識していたか、についてである。通常の在来船条件では、当該契約時に置いては、輸出港の船舶欄干上（ship's rail）であるが<sup>92</sup>、コンテナ条件では、運送人に商品を引き渡した時点、となる。ユーザンスの荷為替手形決済であれば、関連する日時は明確に特定できるが、本件のように送金ベースの決済であれば、より明確に引き渡し時を意識する必要がある、明記しておくべきであろう。

#### ⑤Case 11253 (May 2002, Paris, France)

申立人（ドイツ、買主）は、被申立人（ルーマニア、売主）と1999年に屑鉄（scrap metal）の売買契約を締結し、準拠法はルーマニア法、引渡しは FCA Constanta 条件であった<sup>93</sup>。契約書には Incoterms への明確な言及があり、特に売主が輸出許可（export license）を得る責任を負うことにつき、明示的に規定されていた。結果として売主は輸出許可を得ることができなかったため、申立人は被った損害の賠償を求め、仲裁に付託した。

Incoterms 1990のFCA 条件では、売主は商品を指定地の買主指定の運送人の

91 Incoterms 1990, CIP A4 delivery: The seller must deliver the goods by handing them over the carrier contracted….

92 Incoterms 2010では“on board”へ1936年初版以後初めて変更された。

93 コンスタンツァ、ルーマニア南東部の黒海に臨むリゾート地。

管理下に引渡し、特に (inter alia) 輸出に必要な輸出許可や、輸出承認を売主が得なければならない、と規定されている。契約書の第4条においても、売主の輸出許可取得の義務が明記されていた。被申立人は、当該義務は、輸出許可を得るための適切な手段を行使することを意味し、本事例では行政もしくは軍当局 (civil or military authority) の禁輸措置 (embargo) がルーマニアの政治経済状況を、突然かつ完全に変えていたことを意味し、不可抗力 (force majeure) であると抗弁した。根拠として、輸出入取引の履行に関する1995年5月のルーマニア政府第276号決定 (輸出許可の不成立、non-according) を主張した。

申立人は以下の四点を中心に反論した<sup>94</sup>。第一に、Incoterms 自体には不可抗力の定義はなく、一般的な定義として、いずれかの当事者の責めに帰し得ない事由によること、かつ不履行当事者側に、懈怠 (negligence) がない場合の不履行 (non-performance) が相当する。本件では、被申立人の主張するルーマニア政府決定第276号は、1995年5月に公布され、既に4年以上経過していることから、突然の政変等には該当しないこと。第二に、本件が不可抗力の構成要件である予見可能性の程度につき、これら事情は被申立人にとって予見が不可能ではないこと。被申立人は貿易業者であることから、政府の輸出入に関連する法規制については敏感であるべき立場であり、少なくとも外国人である申立人よりも遥かに精通する立場にあること。そのため例えば、規制適用以前の回避措置の策定、例外規定による回避措置等の手続きを取りうる立場にあったにもかかわらず、何ら対策を講じていなかったこと。第三に、輸出許可を取得できなかった事実は、被申立人の合理的手段を超える不可抗力という以前に、契約上の義務の重大な一部であり、その結果責任は取引履行の前提条件を、被申立人が成就できなかったという事実のみにおいて、被申立人が全面的に負うべきものであること。契約書への署名は、各種リスクを含めその契約上の義務を負うことを意味する。被申立人の主張では、不可抗力による免責は、契約の明示的条件のリスクを、申立人も一部負担する論理になり、契約の本質的意義がなくなってしまうこと。第四に、Incoterms 1990のFCAを選択したことは、同規定にある通り、被申立人は自動的に契約商品を、輸出許可書とともに輸出手続きを終えた状態で (cleared for export) 引渡し業務を履行する義務がある、と主張した。

仲裁廷は、原告の主張をほぼ認め、契約書の条件であり、かつ Incoterms 1990のFCA条件でも明記されている通り<sup>95</sup>、輸出許可を取得し、輸出手続き実

94 Jolivet, *supra* note 76, 66-67.



行の責任を被申立人が負うべきである、と判断した。また不可抗力についても、突然の政変の結果ではなく、予見可能な範囲であったことから、本件は不可抗力の要件を満たすものではない、と明示した。

以上の判断は論理的で妥当なものといえるだろう。本件の要点は、契約の条件と、不可抗力との関係である。不可抗力とは、契約上の免責条項（*exemption clause*）ではなく、当事者の責めに帰し得ない障害の発生により履行ができないこと、契約締結時にそうした事態の発生を合理的に予見しえなかったこと、その結果生ずる事態を合理的に回避できえなかったこと、の以上三つの構成要件を満たす必要がある<sup>95</sup>。本件では契約上の義務として明確に定められており、輸出できなければ商品の引渡しは不可能であり、売買契約自体が無意味になる。商品の引渡しは契約の前提条件であり、不可抗力以前の問題とされ、輸出許可の取得が困難な状況である状況であれば、最優先事項として当事者間で事前に交渉すべきであろう。申立人は既に転売先当事者と具体的な交渉をしていたため、連鎖的に問題が大きくなる可能性が高い。契約上の信頼に基づき履行することが合理的である。

#### ⑥Case 11715 (June 2004, Frankfurt/Main, Germany)

申立人（スウェーデン、売主）は、被申立人（フランス、買主）へ、ロシアの企業から仕入れた木材パルプ（*wood pulp*）を一定数量（*a certain quantity*）売買する契約を、2000年にスウェーデン法を準拠法として締結した。積荷は鉄道で港まで運ばれ、そこから船舶でフランスの港へ輸送されたが、到着時に損傷があった。そのため買主は支払いを留保した。引渡し条件は *CIF La Pallice*, *Incoterms 2000*、および被申立人の採集仕向地の倉庫までの保険を付する、という内容であった。申立人は売買代金全額の支払いを求めた。

契約運送人<sup>97</sup>は、全輸送区間をカバーする譲渡可能な複合運送船荷証券（*negotiable multimodal transport B/L*）を発行し、商品の状態についての留保条件

95 *Incoterms 1990 FCA A2* (Licenses, authorizations, security clearances and other formalities): Where applicable, the seller must obtain, at its own risk and expenses, any export licence [sic] or other official authorization and carry out all customs formalities necessary for the export of the goods.

96 A. G. Guest, general editor, *Benjamin's Sale of Goods* §8-097 (6<sup>th</sup> ed. 2002).

97 原文では“shipper”とあり、これは通常「荷主」を意味する。但し本事案では、運送証券を発行するという文脈から、「荷主から依頼を受けた複合運送人」（実際運送人ではなく、契約運送人）と解するのが正しい。また当該事案では、複合一貫輸送の典型例である実際運送人（*actual carrier*）と契約運送人（*contracting carrier*）と大きく二者が運送に関与しており、原文ではそれぞれ *Transporter 1*, *2*と区分されており、*B/L* もそれぞれ *maritime*, *multimodal* と区別されている。

は特に記されていなかった（無故障 clean B/L）。また実際運送人（maritime carrier）も積み込み港から仕向地までの無故障 B/L（a clean maritime B/L）を発行していた。但し後者については、商品が積み込まれた船舶の船長（the chief mate）は積荷の一部に汚染もしくは損傷がある（part of the consignment was soiled or damaged）旨の記載がある 8 月 26 日付けの本船受取書（Mate's Receipt; M/R）を発行していた。また次の四点について両者の合意がある。第一に、契約運送人（forwarder）は 2000 年 9 月 5 日に商品を船舶から積み降ろしたこと。第二に、申立人は同年 9 月 7 日に対応する原本書類を被申立人に送付したこと。第三に、その書類には 8 月 10 日 St. Petersburg にて、運送人発行の譲渡可能 FIATA 複合運送船荷証券を含んでいたこと。第四に、9 月 7 日に La Pallice の運送人が、被申立人が受け取った写し（copy）を元に商品を引き渡したこと。

被申立人は、Incoterms 2000 の規定に基づき、申立人は海上船荷証券（maritime B/L）の原本（original）を提供する義務がある、と主張した。実際に 2000 年 8 月 26 日 St. Petersburg で実際運送人が発行した B/L は被申立人に送付されておらず、仲裁手続きの際に初めて提示された。B/L は契約運送人と実際運送人が、それぞれ発行しており、いずれも無故障（clean）であった。

これに対し被申立人は、M/R の記載内容として、商品は汚れ損傷し（soiled or damaged）角は変形し（deformed corner）、中身が汚れ（soiled contents）、梱包紐はかけられず（without wrapping band）、濡れた形跡がある（signs of wet damage）等の文言を根拠に、同日に発行された無故障 B/L に対抗しうる十分な証拠であり、CIF 条件ではリスク分岐点、は輸出港の船舶欄干上（ship's rail）であり<sup>98</sup>、リスク移転時の St. Petersburg 港の船積み時には商品は損傷していた、と主張した。

これに対し申立人は、M/R は船会社内の単なる内部文書であり、その記載内容に信頼感は乏しく、仮に事実であったとしても無故障 B/L が発行されている事実から、これを覆す程度の証拠には至らない、と主張した。その根拠として 1924 年船荷証券統一条約（the Hague Rules）<sup>99</sup> 第 3 条の「船荷証券はその正確性を推定する」（…a B/L carries only a presumption of its correctness, …）を引用した<sup>100</sup>。

98 最新版 Incoterms 2010 では、「売主は、本船の船上に物品を置くか、…」（placing them on board the vessel or …）と長年の規定（ship's rail）が変更された（Incoterms 2000, CIF A4 & B4 等）。

99 International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bill of Lading, 1924. その後改訂され、また国際複合一貫輸送が主流となる現在においても、貿易運送の拠り所となっている（浜谷源蔵著 椿弘次補訂『最新貿易実務（補訂版）』160 頁（同文館、2003 年））。

100 村田治美『体系 海商法（改訂版）』171-174 頁（成山堂、1996 年）。

結果として仲裁廷は、M/R は Clean B/L を覆す程度の反証には至らない、と判断した。また被申立人の商品引取り義務についても、Incoterms の規定に基づき、商品が La Pallice に到着した時点で引き取る義務が発生する、と判断した。一方被申立人は、Incoterms の規定以前に、両者の商慣習が優先する等を主張したが、仲裁廷は被申立人の支払い留保を認めず、被申立人に支払うよう仲裁裁定を下した。

本件では、若干納得しがたい結論であるが、近年の国際複合一貫輸送における複合運送人 (forwarder) および運送証券の効力が争点であった。1970年代以降のコンテナ船の急速な普及により、国際複合一貫輸送が国際物流の主流となり、運送証券書類の効力がかなり強い、という点を再認識させられる裁定である。筆者は、仲裁廷は手続き的不備を根拠に、訴訟に持ち込まれた場合、ヘーグ・ルールに基づく運送書類の法的論理整合性を考慮しながら、本件の裁定が下されたのではないかと推測する。さらに契約運送人は、実際運送人の顧客の立場であることから、M/R の記載に若干留保条件が付されている場合であっても、海運業界は競争が激しいため、業界の慣行として無故障 B/L を発行したと考えることができる。ただしこうした慣行の継続は無理があるため、将来的には解消されていくと思われる。

#### ⑦Case No.12111 (January 2003, Paris, France)

申立人 (ルーマニア、売主) は、被申立人 (イギリス、買主) に、紙 (paper) を売買する契約を締結したが、後に紛争が生じた。その際、契約書の第14条には、本契約は国際法による (the present Contract is governed by international law)、イギリス法は適用されない、と明記され、文言 “international law” の解釈を巡り争った事案である。

契約時に国家法への言及がなかったため、準拠法 (applicable law) を定める国内法である特定国の国際私法 (private international law in a nation) ではないこと、また両当事者は、特定国の法に基づかないことを希望していたため、国際商取引に適用する国際的な関連規則、と解釈した。ICC 仲裁規則においても、仲裁人は国家法を適用せずに判断することが認められている<sup>101</sup>。また申立人は、Incoterms や *Lex Mercatoria* という文言から、商取引の契約一般原則である PICC の適用を検討した。しかし PICC は2003年当時では、国際商取引業界において、広く知られている規則とまでは言えなかったため、申立人の PICC 適用の希望は認められなかった。

101 ICC Rules of Arbitration 2012 art. 17-1 & 17-2.

本事例の要点は、国際商慣習に従う、という文言の解釈である。国際商取引契約において、特定国の法を準拠法とすると、当事者にとって有利不利が明確になるため、あえて第三国の法を準拠法とし、また判例解釈上の蓄積、解釈の安定性から自動的に特定国に定められる（例えば貨物海上保険における Lloyd's Forms 採択による英法準拠約款）などがある。本事例では、従来のものとは異質の、21世紀のグローバル商取引の急拡大という国際商取引を取り巻く大きな環境変化に象徴的な事例である。具体的には特定国ではなく、グローバルに適用される実体法規則の作成が、潜在的な需要として意外に大きい、と感じる。1988年に CISG が発効し、先進国はほぼ批准採択し、その後の裁判、仲裁事例も多数蓄積されているため、その解釈も安定しつつある<sup>102</sup>。しかし CISG だけでは不十分であり、また EU 統合に伴い加盟国の民商法を中心とした統一の動きが、ヨーロッパ契約法 (PECL) であり、その国際商取引リステイトメントが PICC である。本事案では、PICC は時期尚早として、一方当事者が主張したにもかかわらず採択されなかったが、近年その認識は広まりつつあるので、今後は契約一般原則として、国際条約の CISG 以上に、Incoterms と同様、商取引ルールとして重要な役割を果たすと考えられる。PICC は1994年に公表、2004年、2010年にそれぞれ改訂し現在に至っている。Incoterms と同様に、約10年前後で改訂しており、グローバルな契約一般原則として国際商取引の核となる迅速性に合致した内容になることが期待される。本件にみられるように、今後は特定国の法律等で判断されるのではなく、特定国に偏らない超国家的な法規則が求められる傾向が高まるものと予想される。

#### ⑧Case 12355 (June 2003, Geneva, Switzerland)

申立人（ポーランド、売主）は、被申立人（スイス、買主）とコークス (coke) の売買契約を締結し、Incoterms 1990 FCA, Manufacturer, Poland 条件、契約取引条項と CISG に従う旨の合意があった。買主は品質不良を理由に、代金の一部のみ支払った。売主は15%の減額に同意したが、一方買主は最終購入者からの減額要求を根拠に、50%の減額を主張した。争点は、どの程度の減額が妥当であるか、であった。契約書では商品の品質につき、生産者とポーランドの証明会社の両者から品質証明を必要としており、FCA 条件には売主の義務として、商品に必要な検査費用は、売主負担とする旨の規定がある<sup>103</sup>。CISG

102 CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts)

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html) ;

UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles International Case Law and Bibliography.

<http://www.unilex.info/>



の第35条においては、売主の契約に合致した商品の引き渡し義務<sup>104</sup>、同第36条では引き渡し時の品質等の不一致について、売主が責任を負う旨の規定がある<sup>105</sup>。また同第50条では、商品が契約内容と合致していない場合、買主は商品が引き渡しされた時点の価値の割合に応じて、代金支払いを減額しうる（may reduce）とする<sup>106</sup>。ただし品質数量等の不一致、その割合を証明する当事者、いわゆる立証責任については何ら規定がないため、仲裁廷が判断することになる。通常は、当該内容を主張する側の当事者が立証責任を負う。貨物は実際に泥（clay）で汚染されており、ただそれが船積み前か、輸送途中か、積み下ろした後であるのかは不明であった。FCA 条件では、商品を指定地点において輸出通関をし、買主指定の運送人の管理に委ねた時点で、売主の商品引き渡し義務は完了し、危険も原則移転する<sup>107</sup>。仲裁人は、契約書の数量過不足条項（Quantity more or less clause）における許容範囲10%を念頭に、引き渡し時に巨大な塊が含まれていた簡易検査（testing）の結果から、ポーランドの引き渡し時には、契約に合致した商品であると判断した。被申立人は信頼できないと反論したが、主張した39%の不一致を立証できなかったため、申立人の残額支払い要求が支持された。

本件の要点は二点ある。第一に、品質および数量検査につき、具体的な手続きを定めその基準も明確にすべきであった。Incoterms の規定は、幅広い商品を対象に、一般的責任と義務を定めるものであり、契約の重要な要件であれば解釈の余地がない程度に定めるべきである。第二に、立証責任について、決定的な書面等が残っていないくても、関連する経緯を示す電子メールやメモ、関係

---

103 FCA A9 (Checking-packing -marking): The Seller pay the costs of those checking operations (such as checking quality, measuring, weighting, counting) which are necessary for the purpose of delivering the goods in accordance with A4. The seller must provide at his own expense packing (unless it is usual for the particular trade to send the goods of the contract description unpacked) which is required for the transport of the goods, to the extent that the circumstances relating to the transport (for example modalities, destination) are made known to the seller before the contract of sale is concluded. Packing is to be made appropriately.

104 CISG art. 35 (1) The seller must deliver the goods which are of the quality, quantity and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

105 CISG art. 36 (1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.

106 CISG art.50; If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However...

107 ICC Incoterms 2000 FCA A4 & A5.

者の証言等の細かい事実関係の断片でも収集し主張するよう留意したほうが良い。法的な証拠としての要件には不十分であっても、疑義を提示し、一部の立証責任を相手方に転嫁する手法も効果的と考えられる。

⑨Case 12365 (February 2004, Amsterdam, Netherland)

申立人（ノルウェー、売主）は、被申立人（ベルギー、買主）にセメント製品の供給契約を1996年に締結し、準拠法はオランダ法、CISGにも準拠するが、当事者の特別な取り決めが優先する旨の規定があった。通常は船会社が荷卸し業務を行っているが、ベルギー港に到着した際、埠頭の港湾労働費（dockers' cost）がかかり、被申立人が負担したため、同金額を差し引いて商品代金を支払った。売主は同費用の負担はないとして、全額の支払いを求めた。

本件の争点は、港湾労働費用をどちらが負担するか、にある。オランダはCISG 批准国であるため、国際商取引では優先してCISGが適用され、同第8条では、契約書に明記がない場合、両当事者の共通の意思（the common intent）により、それが不明な場合は合理人基準により、商慣習や当事者の立場等の状況も考慮し解釈する、という<sup>108</sup>。また引き渡し条件は、「DDU Terminal Ghent (Incoterms 1990)」<sup>109</sup>であった。Incoterms 1990では、それ自体に積み込み、および積み下ろし費用の負担は明記しておらず、買主の処分に委ねられた時（at the disposal of the buyer）とあり、また「Incoterms Q & A」のNo. 41では、積み下ろし費用は買主、と類推できる規定がある。ただしDDU A4によると、買主のターミナルまでの全費用は売主負担、とされている。被申立人が提出した地図によると、ターミナルは埠頭から18メートル陸側に位置し、そこが引き渡し場所となる。

以上からDDU条件の下では、船舶からの積み下ろし費用は、売主負担であると判断した。またDDU条件についてIncoterms 1990とIncoterms 2000では規定内容が異なっているため、年版の明記や最新版（the latest edition）等の明記があれば、より明確に解決が可能となる。本件は近年の国際複合一貫輸送で採択が多くなりつつある持ち込み渡し条件（Delivered系、DDU, DDP）が争点になった事例である。これは輸入関税及び輸入国の国内税を含まない条件であるから、仲裁裁定は合理的な当然の結果となった。当事者の理解不十分な事例であり、Incotermsの知識理解を深めることが大切である。

108 CISG art. 8.

109 ベルギー国のヘント（Ghent）。

## ⑩Case 12410 (December 2003, Geneva, Switzerland)

申立人（ドイツ、買主）は、被申立人（タイ、売主）とセメント製品の購入契約を2000年に締結し、準拠法はスイス国内法（Swiss internal law）との明示の合意があった<sup>110</sup>。紛争が発生し、CISGやIncotermsの適用が可能かについて議論された。スイスもCISGを批准しており<sup>111</sup>、Incotermsについては契約書の第18条に明記されているため、“internal”の文言は、解釈に必要な範囲で国際条約や商慣習を参照する、と理解した。

本事例では、特定の国内法に限定する当事者合意がある場合、CISGや国際商慣習等の参照は可能であるのか、また可能であればどの程度なのか、について論理的に示したものであり、当事者の意思を最大限尊重しつつ、関連する国際商慣習等についても、必要最小限の範囲で参照することを示している。

## ⑪Case 1296 (July 2005, Dhaka, Bangladesh)

申立人（バングラデシュ、買主）は、被申立人（インド、売主）から建設資材（construction material）を購入する契約を2000年に締結し、CIF Chittagong条件で<sup>112</sup>、準拠法はバングラデシュ法とした。申立人は、商品到着時に問題があるとして、代金支払いの一部を拒否した。一方、被申立人は、商品の状態について責任はなく、申立人に輸送途中の損害であるため保険会社に請求するよう助言した。申立人は支払った代金の一部返還と、被った損害の補償を求め、仲裁に付託した。被申立人は、逆に商品代金の支払いと損害賠償を求めた。

仲裁廷は取引内容の実情からすると、複合一貫輸送であることから、正しくはIncoterms 2000のCIFではなく、CIP（Carriage and Insurance Paid to）であり、契約に合致した商品の引き渡しは、前者では船舶の欄干上、後者では売主指定の運送人に管理を委ねたときに移転する規定である。後者の方が、若干早期に移転し、実務的影響は大きなものではない<sup>113</sup>。ただし契約書の一般取引条件において、売主はCIFやCIPに基づく輸送途中の保険だけでなく、原材料を製造する過程や保管中の保険も掛ける必要があったが、付保されておらず不十分であった。

本件の要点は、当事者合意としてIncoterms 2000のCIF条件（在来船のみ）の取引にもかかわらず、仲裁廷が国際複合一貫輸送の実態から、コンテナ条件

110 Contract clause 18: The parties hereby agree that Swiss internal law shall be applicable to this contract...

111 1990年2月21日批准、1991年8月1日発効（UNCITRAL website）.

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)

112 バングラデシュ南西の町、チッタゴン。

113 Incoterms 2000 CIF A4 & B5, CIP A4 & B5.

である CIP とみなした点がある。一般には当事者自治が最大限尊重されるが、当事者取引の実態から、他の定型取引条件に解釈される可能性を示している。これは従来から ICC が主張している「Incoterms の正しい理解と使用法の啓発・普及」という目標にかなっており、貿易実務担当者も専門家として正確な理解と運用により一層留意すべきである。

本件では取引の実態から、仲裁廷がとても親切に、最適な Incoterms 条件を類推適用した事例であるが、商取引の大原則である当事者自治の原則からすると、こうした親切はよいのであろうか。おそらく両当事者は CIF が在来船条件で、当該取引では間違った利用であること、類推された CIP の意味内容やましてや危険移転時期などは全く知らなかったのではないかと推測する。そうすると、両者が「間違った共通認識」で一致している場合、正しい定型取引条件の類推適用は、本当に「親切なこと」であらうか。微妙に感じる。

#### ⑫Case 13492 (July 2006, Hague, Netherland)

申立人（スイス、売主）は、鉄鉱石（iron ore）を、被申立人（中国、買主）に売却する契約を2004年に締結し、引き渡しは「CNF」条件、準拠法は Incoterms 2000と CISG とした。申立人は、被申立人の商品の引き取りが遅れたため、滞船料（demurrage）の補償を求めて仲裁に付託した。被申立人は、申立人からの船積通知の遅延が原因であり、滞船料は雇用した側（売主）の負担である、と主張した。

契約書で「CNF」と明記されていたが、Incoterms 2000には存在しないため、仲裁廷ではその解釈を「C&R (CFR)」の粗悪品（adulteration）とし、Incoterms 2000の CFR 条件と判断し、解釈した<sup>114</sup>。CFR の規定によると、買主は商品を引き取る義務があり、もし引き取りの遅延による費用が発生した場合は、買主負担となる<sup>115</sup>。また CISG にも同様の規定がある<sup>116</sup>。また「CNF」の説明に、F. O. (Free Out) が含まれており、仕向港での積み下ろし費用は買主負担であることは、非申立人もその点同意した。結局、被申立人の船積通知の遅延はその

114 Incoterms の初版1936年から、最新の2010年版まで「CNF」なる条件・ルールは存在しない。ただ当事者が修正して合意の上利用する、当事者独自の定型取引条件の作成利用は、一定の割合で行われており、特段珍しいほどでもない。小林晃「我国で使用されるトレード・タームズ（貿易定型取引条件）の動向調査」『産業経営動向調査研究報告書』第21号、日本大学経済学部産業経営研究所、1997年4月；小林晃『我国で使用されるトレード・タームズの実証的研究』（同文館、1999年）。

115 Incoterms 2000, CFR B4 Taking Delivery: The buyer must accept delivery of the goods when they have been delivered in accordance with A4 and receive them from the carrier at the named port of shipment.

116 CISG art. 52 & 60.



根拠が十分ではなく、B/Lに記載された「Demurrage USD 22,000 per day」の支払いは被申立人が負担すべきである、と判断された。

本件は、当事者独自の定型取引条件を使用した事例であり、Incotermsに規定が存在しない場合、仲裁廷が取引の実情から類推適用する事例であった。リスク回避の観点から、当事者はできる限り、存在するIncotermsの条件ルールを使用すべきであり、どうしても当事者独自のものを使用したい場合は、解釈の余地がないよう当事者間で協議し、合意して書面に残しておくことが望ましい。本質的にはIncotermsの利用は、交渉コスト削減にあるのであり、修正したものの利用は、その交渉コストや未知の不確定リスクが増大するため、あまり好ましいものではない。

### 3.2.4. 仲裁事例からみるIncotermsの解釈問題と今後の対応

#### 1) Incotermsの定期的改訂の認識

1936年の初版以来、数年単位で改訂され、その際には当然に定型表記(terms, rules)、売主・買主の義務、内容も変更される。改訂される規則であることの認識が重要である。当事者自身が不十分な理解・認識のまま利用し、紛争発生時に仲裁廷などにその解釈判断を任せる事例が多い。仲裁廷も当事者の意思を尊重するが、その意思が不十分で間違っただけであれば、その解釈も戸惑ってしまい、当事者の意図しない結果となる可能性も十分にある。

例えば、契約書の裏面に「the latest Incoterms」という文言があり、1989年11月に「FOB Airport Narita」条件で契約を締結した場合。最新版のIncoterms 1980に「FOB Airport」条件は存在していたが、Incoterms 1990には存在せず消滅し、「FCA」に統合され、現在まで継続している。そうした改訂や最新版の規定内容を理解せずに取引を継続することは、リスクを含むことになる。また1970年代以降急拡大したコンテナ輸送において、在来船条件を利用している実態があり<sup>117</sup>、誤用する当事者が圧倒的で一向に改善の傾向がみられない。Incotermsを起草する側にも問題があるが、現行での商学的観点からの当事者としてのリスク管理としては、改訂されるごとに要点を学び、実務に応用する姿勢が大切である。

#### 2) 当事者独自の定型取引条件の利用

現実の貿易取引では、Incotermsに規定がない当事者独自の定型取引条件の利用が、散見される。本来商取引は私的なもので、自由に行われることが大前提であるが、社会が複雑化高度化すると、多くの点で合意する必要があり交渉

117 小林晃、前掲注114、参照。

コストが膨大になるため、各種規則やルールを利用することにより、リスク管理とコスト削減を行っている。Incoterms は法や条約ではなく、ICC という民間団体が作成した貿易取引における商慣習の集大成であり、その改変には利用者責任が伴う。仲裁事例で見た通り、現存する類似の条件・規則を類推適用される可能性が高いが、そうした場合でも現行の内容を正確に理解し利用するためには、その知識が不可欠である。

まずは現行の Incoterms について、改訂ごとにその内容を正確に理解し、特に当事者としての義務、リスク移転時期等を明確に認識することが、最低限度必要である。さらに規定にない当事者独自の条件・ルールを使用するということは、応用的な行為に該当する。どのような利益とリスクがあるのかをまず自ら把握し、その上で当事者間の交渉に移り、合意内容を書面に残し記録する、というより高度な作業が要求される。

### 3) Incoterms 自体の正しい理解と運用

商学的観点からの、実務的留意点として次の項目が挙げられる。

- ① 定型取引条件には世界的には主として三つあり、ICC Incoterms、1941 年アメリカ改正貿易定義 (Revised American Foreign Trade Definitions, 1941)、国際法協会制定の1932年 CIF に関するワルソーオックスフォード規則 (C.I.F. Warsaw-Oxford Rules, 1932) がある<sup>118</sup>。

また Incoterms も、年版により内容が大きく異なる場合があるため、ICC 作成の Incoterms であり、その年版を明記することと、援用可能約款であるから契約書等に組み入れるよう明記すること。

- ② Incoterms は法律や条約ではなく、また契約書でもない。あくまで定型取引条件の利用に伴う当事者の義務、危険等について解釈規定を提供しているに過ぎない。そのため Incoterms は原則、準拠法等にはなりえないが、国際商事仲裁においては、手続きの自由度が高いため、援用可能規則として直に参照し、重視される可能性が高い。
- ③ Incoterms の誤用は、在来船条件と複合運送条件の混同にある。現在の国際物流の約 9 割を占める定期船はコンテナ船による運航であり、これは複合運送条件である。航空貨物も複合運送条件である。一方、大型貨物や特殊貨物、バラ荷 (commodities) などは従来通り、不定期船による在来船 (専用船・特殊船) による運航であり、これは在来船条件である。

誤用問題は具体的には、航空貨物やコンテナ貨物による売買において、

118 浜谷源蔵著・椿弘次補訂『最新 貿易実務 [補訂版]』48頁 (同文館、2007年)。

在来船条件を利用している事例が大半である。その影響は、危険移転時期の変動であり、具体的には危険移転時期が遅くなる。

- ④ **Incoterms** の誤用問題は、天災地変の際に、その潜在的リスクが顕在化する<sup>119</sup>。具体的には、阪神大震災や東日本大震災の際、日本からの輸出貨物について、コンテナ貨物が輸出港の船舶に積み込まれる前段階のコンテナターミナルに置かれている場合、複合運送条件（**FCA** や **CIP**）であれば、既に危険は買主に移転しているが、在来船条件（**FOB** や **CIF**）であれば、まだ移転しておらず、売主危険である。**CIF** 条件であれば売主付保のため、貨物海上保険の倉庫間約款により、原則として全輸送過程において保険がかかっているため、保険でカバーできるが、**FOB** や **C&F**（正しくは **CFR**）であれば、貿易の売買契約とは別途、国内の輸出 **FOB** 保険をかけていないと、カバーされない（実際にはほとんど付保していない）。

そうしたリスクを含んでいることを理解し、具体的な対策をとることである。第一には、誤用問題を解消すること。ただしこれは正論ではあるが、取引相手の同意も必要であり、その対象が多数であれば、現実的ではない。そこで第二の実用的な対策として、売主が付保する条件（**CIF**）を利用することである。その他 **Incoterms** には存在しない条件であるが、実務で散見される **FOB & I** を利用する。こうした現実的な対策が重要である。

### 3.2.5. **Incoterms** と法体系との関係

仲裁事例において、当事者間の合意で「**Incoterms** を準拠法とする」などの事例が散見されたが、これも大きな誤りで、準拠法はあくまで主権国家の法をいう。国際民事訴訟においては、法手続きは、特定の法廷で裁判管轄が認定され、当該国の民事訴訟法の規定に従って進められ、準拠法の選定は、当該国の国際私法の規定により決められ、特定国の法が準拠法となる。準拠法となる国が **CISG** 批准国であれば、国際商取引に該当すれば原則、優先して **CISG** が適用され<sup>120</sup>、**CISG** に記載していない事項は、当該準拠法の国の民商法の判断による。通常は当事者自治の原則が認められているため、契約書等により当事者の意思を推定し過失の有無等の判断がなされる。契約書の価格条件で「**FOB**」という記号があれば、その意味内容や責任の有無を判断するために、援用可能規則として **Incoterms** があり、参照される。仲裁ではこうした手続きが柔軟に

119 小林晃『ベーシック貿易取引（第6版）』200頁（経済法令、2007年）。

120 当事者の合意として **CISG** の適用除外（opt out）も可能。

行われるため、その点の認識が不十分になりやすい傾向にある。これらから貿易当事者は次の認識が重要である。

- ① **Incoterms** は準拠法にはなるものではなく、定型取引条件の解釈規定として援用可能統一規則であり、当事者の義務内容を中心に記載されているにすぎない。
- ② **Incoterms** の正しい理解には、その運用の基礎となる準拠法や法手続き面の体系的知識の理解が不可欠である。
- ③ **Incoterms** の理解の基礎となる契約一般原則の知識について、国際条約である **CISG** とともに、商取引原則である **PICC** を含めた一体的な理解が重要である。
- ④ 国際商事仲裁では、仲裁廷により柔軟な手続きがなされ、**Incoterms** に基づく判断がされることがあるが、これもあくまで国際民事訴訟の手続きと同等のものであるとの認識が必要である。

### 3.2.6. 第2節の小括

近年の貿易取引における実務的な環境変化は大きく二つある。一つは、コンテナ革命<sup>121</sup>。1960年代後半より、国際物流の分野においてコンテナ船が就航し、1970年代以降、在来船（conventional vessel）に代わり、急激に普及した。これは国際的な物流革命であり現在に至るまでその影響は多岐にわたり、かつ大きい。たとえば荷役費用の低減化、迅速性の向上（24時間機械化による組織的荷役）、確実性の向上（悪天候時でも安定的な荷役）、荷役・輸送中の労働災害（人身事故）・犯罪行為（窃盗など）の激減、港湾ストライキによる影響の減少など、海上運送に関する諸問題の多くを解決した。結果として国際物流は迅速、安全、確実、安価に行うことが可能になった。また迅速すぎるため、Surrender B/L、保証状荷渡し（L/G=Letter of Guarantee）、電子式船荷証券、Sea Waybill など、長年の貿易慣行を変えるほど大きい影響力をもつ。

もう一つは、ICT 革命である。PC およびその世界的ネットワーク網により、事務手続き効率が格段に向上した。既存の取引手続の効率化だけでなく、新規開拓や情報検索はゼロコストで、瞬時に可能となり、その記録も残る。要するに紙ベースのアナログから、電子ベースのデジタルによる効率化である。

これらから、未来の貿易取引の実務について想像してみたい。通関手続き等の一部では部分的に行われているが（NACCS など）、売買の売主と買主だけでなく、運送、保険、銀行、税関など、関係する全当事者が、売買取引に関す

121 マルク・レビンソン（Marc Levinson）『コンテナ物語』（日経 BP 社、2007年）。



るプラットフォームが作成され、それにアクセスし、各取引の必要事項をそれぞれの会社が入力し、全工程を無事終了すれば、取引完了。工程途中で不備等があれば、自動的に関係者へメール連絡が行われ、具体的手続きの指示が入る、という方式である。

そうすると、例えばコンテナの複合運送契約であれば、FOB 条件での入力にはエラーが出て完了できず、FCA が提案され入力可能になる。そうすると Incoterms 誤用の問題は一気に解決する。また事故があれば、電子メールで関係する全当事者に知らされ、各会社に具体的指示内容のメールが発信され、Incoterms の規定から責任当事者を特定、その対応策が提示され、また保険でカバーできるかどうか、保険会社の事故確認もウェブカメラで、となる可能性は十分にある。コンテナ革命が、貿易全体の革命につながる可能性は大である。本節では国際商事仲裁におけるインコタームズの解釈の問題についてみてきたが、今後、これまでの発想の延長線上で対策を考えていると時間がかかりそうであるが、全く異次元の革命的な発明により、上記のように一気に解決される方法が開発されるかもしれない。ただそうした希望的観測を持ちつつ、現状の問題点を正確に把握し、地道に対応策を考えていくことが重要である。

### 第3節 国際商事仲裁の市場化と規則改正

#### 3.3.1. はじめに

商取引のグローバル化の進展に伴い、世界の貿易取引量が増加し、付随して発生する紛争の解決手段として国際商事仲裁の利用が増えている。実際に国際的な仲裁機関の取扱件数は、2000年の1889件から、2010年の2731件へと、約1.45倍に増加している<sup>122</sup>。特にアジア太平洋地域における増加が大きく、そのため法律事務所や仲裁機関の間で、市場シェアを巡る競争が発生し、国際商事仲裁が市場化しつつあるという<sup>123</sup>。仲裁制度は元来、伝統的な訴訟制度では増加する紛争に数量面で対応が困難になりつつあるという現状から、訴訟に代替する（alternative）・補完する（complement）制度とされていたが、近年のグローバル化の進展により、紛争処理サービス業になりつつある、という。国際商事仲裁の市場には、仲裁人、弁護士だけでなく、関連する業務である翻訳・通訳、各分野の専門家、情報通信技術、宿泊交通、会議支援、金融サービス等、最終的に完了するまでのすべての業務について、効率的運営を組織的に遂行できることが求められ、フランス・パリ市場だけで年間2億ユーロを生み出している、という<sup>124</sup>。こうした紛争処理をサービス業とすると、顧客満足度の観点から、効率的な組織的業務運営のための目標となる基礎データが必要であり、これについては、ロンドン大学の2010年調査報告書（以下「2010年報告書」と2012年調査報告書（以下「2012年報告書」）の国際商事仲裁に関する実証研究がある<sup>125</sup>。

本節では、こうした国際商事仲裁の市場サービス化の傾向から、顧客満足度をあげ、効率的な業務運営を提供するための方策について、International Arbitration Survey 研究の成果をもとに考察する。具体的には、実証研究の結果を再度分析し、今後の指針となる要因を導く。次いでこれらの要因を中心に、

122 Singapore International Arbitration Centre (SIAC) の Website による。

<http://www.siac.org.sg/>

123 ローレント・ジャガー（Laurent Jaeger）他著「国際仲裁の迅速化と費用節約の方策」（「最新クロスボーダー紛争実務戦略シリーズ第9回」）JCA ジャーナル 第60巻3号17頁（日本商事仲裁協会、2013年3月）。

124 同書17-18頁。仲裁機関が競合する州や地域は、仲裁法規の近代化、税制優遇策等の整備提供により、競争している状況がみられる、という。

125 The 2010 International Arbitration Survey, School of International Arbitration, Queen Mary University of London. <http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html> ; 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process. [http://annualreview2012.whitecase.com/International\\_Arbitration\\_Survey\\_2012.pdf](http://annualreview2012.whitecase.com/International_Arbitration_Survey_2012.pdf) 両調査報告書ともに、国際仲裁における慣習・傾向を調査したものであり、国際的法律事務所 White & Case LLP (<http://www.whitecase.com>) より支援を受けて実施され、詳細な報告書の内容については上記サイト参照。

実際の仲裁人経験者の意見を紹介した後、より効果的な仲裁制度の取り組みの具体例として、ICC の仲裁業務改善に関する報告書を紹介し、改訂された2010 UNCITRAL Rules of Arbitration の内容について商学的観点から考察する。結論は簡潔には次の通りである。

国際商事仲裁はグローバル化の進展という現実において、市場化・サービス業化が加速される現状にあり、今後さらにその傾向が強まるであろう。ただし純粋な市場化・サービス業化は本質的に不可能であり、あくまで根幹は各国の司法制度に担保された制度であることは不変であろう。司法制度の根幹は、「適正な手続き」にあり、そうした法手続き面には慎重に対応しつつ、それ以外の業務運営面においては、市場の需要に対応した ICT 技術の積極的導入を含む国際商事仲裁サービスの質・量の向上と信頼性にある。UNCITRAL 規則の改訂から導かれる通り、従来の法手続きを中心に、紛争処理をそれに当てはめる、という発想ではなく、国際商事紛争の効率的処理を、組織的に遂行可能な制度構築という観点から、仲裁裁定の確実な執行のための法的手続きを万全にしつつ、商学的な観点からの制度構築が市場化への対応となるであろう。

### 3.3.2. 2010年 Queens Mary University of London 調査報告書<sup>126</sup>

2010年報告書は48頁、2012年報告書は56頁あるため、概要と要点を中心に各報告書に基づき以下、紹介する。両報告書とともに、非公開で当事者に限定される国際仲裁の現状や問題点を明らかにすることにより、広く情報を整理し、具体的な改善項目を明確にして広く議論に資する、という目的意識に基づくものである。またその調査項目・結果も重複していないため、両報告書について以下、簡潔に紹介する。

#### (1) 問題意識と調査方法

国際仲裁は自主的かつ両者の合意に基づく手続きで進められ、国際紛争で幅広く利用されており、その利点の一つが柔軟性にある。この柔軟性とは、仲裁廷や当事者の意思判断の割合が多いことを意味し、選択する要因、準拠法、仲裁廷、仲裁機関、仲裁人など多くの事項を選択判断する際、企業的意思決定要因は何であるのか、について調査した。例えば、①企業が仲裁を解決手段として採択する主たる要因は何か、②仲裁に関する意思決定は、企業内でどのように行われるのか、③そうした意思決定に最も大きな影響力をもつのは誰か、④仲裁条項を協議する際に企業の法務担当者（counsel）が最も考慮する要因に

126 この項目内容や数字は同報告書に基づき、以下個々の引用ページ等は省略する。この2010年調査報告書は、2008 Corporate Attitudes: Recognition and Enforcement of Foreign Awards; 2006 Corporate Attitudes and Practices の2件の報告書を参考に実施・作成されたものである。

はどういったものがあるのか、などを中心に行われた。

調査方法は、あらゆる地域・産業・企業規模を対象とするよう留意し、2010年1月から8月にかけて、2段階で実施した。第1段階では、2月から8月にかけて78項目の質問票（questionnaire）と面談依頼を郵便と電子メールで送り、136人・企業から回答を得た。回答者は、General Counsel 31%, Counsel 19%, Head of Legal Department 16%, Head of Dispute Resolution 10%, Deputy General 3%, Other 21%であった。第2段階では、電話もしくは対人の面談を67人に、一人当たり12～90分かけて行い、面談はLondon, Paris, Tokyo, New York, Sao Paulo, Dubai, Warsaw など世界各国で8月を中心に行った。結論をまとめると、次の7項目になる。

(2) 国際仲裁の選択（choices about international arbitration）

- ① 企業の68%に、紛争解決に関する指針があり、指針の有無に関わらず仲裁条項の交渉には柔軟に対応する。その際にこだわる項目は、守秘義務と言語、次いで準拠法と仲裁廷であり、これらの決定・合意については、契約内容と当事者との関係・交渉力の影響が大きい。
- ② 決定される順序は、最初に紛争の準拠法、仲裁廷、仲裁機関の順で、回答者の68%はこれら項目の選択が、後の仲裁手続きや仲裁裁定へ与える影響が大きいと考えている。
- ③ General Council は一般に、一定の手続きが進行し、広範の段階から関与する場合であっても、仲裁条項に関する意思決定については、主導的立場をとる。

(3) 準拠法の決定（choice of the governing the substance of the dispute）

- ① 両当事者の当該契約書に関する中立性（neutrality）・公平性（impartiality）、当該契約の特性に見合った適切性（appropriateness）、当事者の親密性（familiarity）の3つの要因が考慮される。
- ② 準拠法の判断は、その与える影響が大きいと、ほとんどの回答者や面談相手は、相当の慎重さを要する重要な項目である、と理解している。
- ③ 回答者の40%はイギリス法（English law）を使用し、次いで17%がニューヨーク州法を使用している。
- ④ 準拠法の与える影響度合いについて、回答者の53%はある一定の範囲にとどまると考え、29%は広範囲に及び、その影響力は大きいと考えている。

(4) 仲裁廷の選択（choice of the seat of arbitration）

- ① 仲裁廷は、当事者の合意、または契約の準拠法という法的判断基盤により、ほぼ決定される。



- ② London が最も好まれ、かつ広く利用されている。
  - ③ 過去 5 年間に於いて、London, Paris, New York, Geneva の 4 都市が最も多く、いずれも満足度が高い (excellent, very good)。
  - ④ シンガポールがアジアの拠点として台頭している。
  - ⑤ 好ましくない仲裁廷と理解・認識されているもの (the most negative perception) は、Moscow と中国本土 (mainland) が挙げられている。
- (5) 仲裁機関の選択 (choice of arbitration institution)
- ① 企業は仲裁機関に中立性 (neutrality) と国際性 (internationalism) を求め、さらに仲裁機関に確固たる名声 (strong reputation) と世界的に幅広く認識されていること (widespread recognition) が求められている。
  - ② ICC が最も多く好まれ、広く利用されている。
  - ③ ICC, LCIA, AAA, ICDR の 4 機関が過去 5 年間で回答者が多く利用しており、いずれも評価が高い (good 以上)
  - ④ 好ましくないと認識されているものとして、CRCICA<sup>127</sup>, DIAC<sup>128</sup>, CIETAC<sup>129</sup> がある。
- (6) 仲裁人の任命 (appointment of arbitrators)
- ① 広い心 (open-mindedness)、公平性 (fairness)、仲裁の経験 (prior experience)、仲裁裁定の精度 (quality of awards)、利便性 (availability)、準拠法に関する知識、評判が重視される。
  - ② 回答者の 50% が、仲裁人の行為に失望している。
  - ③ 企業は仲裁人の利便性 (availability)、能力 (skills)、経験に関する情報の透明性を求め、また仲裁人の選任について、当事者自治をより強く広く求めている。
  - ④ 回答者の 75% は紛争終結時に、仲裁人を評価する制度を求めている。そのうち 76% は仲裁機関への報告を希望しており、30% は公的に閲覧できるような評価 (publicly available reviews) の提供を希望している。
- (7) 守秘義務 (confidentiality)
- ① 仲裁利用者にとって重要であるが、不可欠というほどではない。
  - ② 回答者の 50% は、採択した仲裁規則や仲裁合意書に守秘義務に関する項目がない場合でも、守秘義務があると間違った理解をしており、12% は仲裁における守秘義務があるかどうかも知らなかった。

127 The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, <http://www.crcica.org.eg/>

128 Dubai International Arbitration Center, <http://www.diac.ae/idias/>

129 The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), <http://www.cietac.org/>

## (8) 期日と遅延 (time and delay)

- ① 進行を遅延させる仲裁手続きの主たるものは、書類の開示 (disclosure of documents)、書面の回答書提出 (written submission)、仲裁廷での聴取手続 (hearings) があげられた。
- ② 当事者は手続きを短縮するよう努めるが (parties contribute most to the length of proceedings)、本来は迅速に進行できるよう仲裁廷や仲裁機関が管理すべきである、と考えている。

3.3.3. 2012年 Queens Mary University of London 調査報告書<sup>130</sup>

## (1) 問題意識と調査方法

ここでは過去数十年にわたり、文化や手続きが異なる国や地域間での仲裁が増加する中、仲裁手続きや慣習の異文化間発酵 (cross-fertilization) がなされているか否か、もしなされているのであればどの程度か、またどういった項目が融合・発展さあれつつあるのか、という問題意識を持ち実施された。対象企業は企業の実務家、企業内弁護士 (in-house counsel)、仲裁人を中心に具体的には2012年1月から8月にかけて、前回と同様に2段階に分けて行われた。第1段階では、100項目の質問票をオンラインで送信し、710件の回答を得た。第2段階では、104件の電話調査が行われた。調査結果は次の7つの項目に要約でき、以下紹介する。

## (2) 仲裁人の選定 (selection of arbitrators)

- ① 回答者の76%が、仲裁人3人の仲裁廷であれば、各当事者が仲裁人二人の選任を希望し、これは近年の各当事者が、仲裁人の選任に消極的とする傾向に反する結果となった。
- ② 正式な仲裁人依頼を要請する以前に、仲裁人との面談が適切か否かについて、長い論争が続いている。調査によると、回答者の3分の2が、仲裁人の面談に関与しており、12%が事前面談は適切ではない、とした。この事前面談は不適切、との意見の主たる理由は、事前面談自体が不要というのではなく、適切に対応できる専門分野であるか否かを判断でき

130 詳細な引用ページは2010年報告書と同様に省略する。当該調査に多くの回答を得ることができた理由として、筆者は三つの要因ではないかと推測する。第一に、オンライン調査により回答者の手間がかからないこと。第二に、イギリスで権威がある White & Case 社という法律事務所が関与していること。第三に、仲裁事例の増加により仲裁経験者が増え、関係した仲裁経験者の不満や思いが蓄積してきた段階にあり、それを表明したい時期と重なったため。またこうした意見を集約し、White & Case が関与していることもあり、実務に好影響を与えるのではとの期待があるのではないかと考える。

れば、面談の実施は不要、という。

- ③ 回答者の74%は、当事者が指定した仲裁人は、主席仲裁人（chair）の選出について、各当事者と意見を交換することを認めるべきだ、と考えている。

(3) 仲裁手続きの構成（organizing arbitral proceedings）

- ① 証拠採択に関する IBA 規則（the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration; the IBA Rules）<sup>131</sup> が仲裁で60%採択され、ガイドラインとして53%。拘束ある規則として7%が採択している。さらに回答者の85%が、IBA Rules は有益である、と評価している。
- ② 仲裁事務官（tribunal secretaries）は35%の事例で任命され、仲裁人の10%が事務官と仲裁裁定を起草し、仲裁人の4%が事務官と本案（merit）について議論した、という程度であった。
- ③ 仲裁手続きを迅速にする最も効果的な方法は、仲裁廷が仲裁方針（constitution）を策定した後、争点となる項目を早急に特定すること、単独の仲裁人（sole arbitrator）を選定すること、関係書類を制限すること、の3点を挙げている。
- ④ Fast-track 仲裁が、費用抑制の手段としてよく引き合いに出されるが、実際にはほとんど利用されておらず一般的ではない（not commonly used）。回答者の95%は、全く経験がない（54%）、もしくは5件以内の経験がある（41%）という程度。ただし回答者の65%が将来の契約において、fast-track 条項を利用したい（5%）、もしくは契約内容によっては利用したい（60%）と考えている。

(4) 暫定判断と裁判所の支援（interim measures and court assistance）

- ① 法解釈の重要な題材になっているにもかかわらず、仲裁廷に暫定判断（interim measures）を要求することは一般的ではなく、回答者の77%は全仲裁の4分の1か、それ以下の割合で経験した程度である。裁判所に仲裁の支援を目的とした暫定措置の要望は、さらに少ない。
- ② 暫定判断を仲裁廷に要求した35%のみが認められた。その認められたうちの62%は自主的に応じており、裁判所による強制は10%程度であった。
- ③ 一定の状況における当事者一方に、暫定処置をする権限を仲裁廷に与えるべきか否か、の合意形成はなされていない。回答者の51%は、仲裁人

131 「IBA 国際仲裁証拠調べ規則」といい、International Bar Association（IBA:国際法曹協会、<http://www.ibanet.org/>）が2010年5月29日に承認した全9か条からなる規則。英語原文や日本語訳も次のサイトから入手可能、  
[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

はそうした権限を持つべきであり、一方43%は与えるべきではない、6%は明確ではなかった。

(5) 証拠書類の提出 (document production)

- ① 証拠書類の提出要請は、国際仲裁では一般的であり、回答者の62%は仲裁の半数以上でそうした要求の経験がある。
- ② 国際仲裁のほとんど(75~100%)で、書類提出に関与した経験がある、という英米法コモンローの法律家は74%、大陸法の法律家は21%であった。これは本調査において、コモンローの世界では、書類提出の要求がより多い、とする一般的見解を確認する結果となった。
- ③ 書類提出に対するコモンローと大陸法との相違が大きいにもかかわらず、IBA Rules<sup>132</sup> が国際仲裁における書類提出の基準とすべきである、と考えている。
- ④ 提出書類が仲裁裁定にどの程度の影響を与えているか、という点について、仲裁人の多く (significant percentage) が決定的に重要 (crucial) と考えており、回答者の59%が開示請求による書類が仲裁への影響がある、と考えている。

(6) 事実証人と専門家証人 (fact and expert witnesses)

- ① 仲裁の87%で事実供述書 (fact statement) の交換で、その証拠が提出されており、内訳は、直接尋問 (direct examination) が48%、間接的な聴取 (hearing) が39%となっている。回答者の59%は事実供述書 (fact witness statements) を聴取時の直接尋問の代替とすることに効果的である、と考えている。
- ② 反対尋問 (cross-examination) は、事実検証 (testing fact) で90%、専門家証人の証拠で86%が、とても効果的な方法であると考えている。
- ③ 聴取時、証人を偽の (mock) 反対尋問することは一部の法文化では非倫理的とされるが、本調査によると、国際仲裁では一般に行われ容認されている。回答者の55%が、国際仲裁で偽の反対尋問を行った経験があり、そのうち62%が、コモンローと大陸法とも同程度に適切である、としている。
- ④ 仲裁における専門家証人は、当事者の要望が90%、仲裁廷の要望が10%とある。しかしながら回答者の傾向は、当事者の要望がより効果的と考える割合は43%、仲裁廷の指定による場合は31%が効果的であった、とされた。

---

132 The IBA Rules, art. 3 Documents.



## (7) 弁論手続と聴取 (pleadings and hearings)

- ① 多量の書類提供 (substantive written submissions) を継続的に交換することが82%でなされており、こうした情報交換を好む傾向が79%と高い。
- ② 仲裁廷以外の場合、実体上の事項・本案 (merit) の聴取実施は15%とわずかであることが判明した。
- ③ 最終の本案聴取の一般的期間は、3～5日 (53%)、6～10日 (23%)、1～2日 (19%)、10日以上 (5%) であった。
- ④ 大陸法の弁護士は伝統的に、聴取期間について、コモンロー弁護士よりも短くする傾向があるといわれている。今回の調査ではそれが正しいことが確認された。1～2日は、大陸法弁護士で31%、コモンロー弁護士で9%と明確な相違がみられた。
- ⑤ 仲裁聴取において、3分の2で証拠提出等に関する期限が設定されている。回答者の57%は期限設定に賛成し、状況に応じてが34%、設定しない方がよいは6%であった。

## (8) 仲裁裁定と費用 (the arbitral award and costs)

- ① 仲裁裁定までの期間について、仲裁人一人の場合、手続き終了後3か月以内になされるが67%、また仲裁人が三人の場合、3か月以内が37%、3～6か月以内が41%であった。
- ② 仲裁へ共通する批判は、仲裁廷は不必要に手続きを分ける (split the baby) ことがあげられ、17%で分けられている。
- ③ 仲裁費用の割り当てにつき、その結果により割り当てられる場合が80%、半部ずつが20%とされる。ただ仲裁費用の平等な割り当てを支持するのは5%程度で、現在の方式よりも、より結果に基づく費用負担の割り当てを求める傾向がみられる。
- ④ 回答者の96%が、仲裁手続き中の当事者やその弁護士の不適切な行為について、費用割り当ての際に仲裁廷は考慮すべきである、と考えている。これは不適切な行為要求について、仲裁廷が費用割り当て時に罰則的措置をとるよう考えている。

以上、国際仲裁に関するアンケート調査から、多くの改善点が浮かび上がってきた。これらはいずれもイギリスでなされたものであり、準拠法や仲裁廷の選定の点で、どの程度普遍性があるのか微妙な面もあるが、非公開の国際商事仲裁の傾向を示す一定の貴重な資料となりうるものである。

世界的に複数の仲裁機関と各規則があるが、その代表的な ICC の仲裁業務改善に関する報告書を紹介し、今回の調査研究の結果を踏まえたうえで、比較

考察したい。その後 ad hoc 仲裁を想定した規則である the UNCITRAL Arbitration Rules の改訂についても以下、みていきたい<sup>133</sup>。

### 3.3.4. ICC 仲裁委員会の効率的な管理手法に関する報告書

上記 Queens Mary 調査報告書では、現在の傾向と今後の検討項目が複数、導かれたが、商取引当事者の最大の関心は、現実的な仲裁の費用対効果についてである。いくら素晴らしい制度や規則があっても、時間を含めた費用対効果が高い効率的な制度でなければ、企業は利用しない。企業の仲裁に対する失望が増加しつつある現状から<sup>134</sup>、国際仲裁の現実的需要に合致した制度構築の必要性が高まっている。それに対応するよう ICC 仲裁委員会は、時間と費用の効率化に関する特別部会（Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration）を発足させ、効率的な国際仲裁を具体的に調査した報告書“ICC Commission Report Controlling Time and Cost in Arbitration (1st ed. 2008, 2d ed. 2012)”を公表した。その要旨は次の通りである<sup>135</sup>。

費用面について、ICC 仲裁委員会の調査によると、2003年と2004年に仲裁裁定がなされた ICC 事例では、仲裁当事者が負担した費用の平均は、仲裁手続きの進行にかかった経費が82%、仲裁人費用が16%、ICC の管理費用が2%という。仲裁人の費用は比較的小さく、ICC 仲裁では、紛争金額と正比例するため、予想しやすい。ただし LCIA（ロンドン仲裁裁判所）<sup>136</sup> のように時間単位による場合は、要注意である。管理費も小さく、改善の余地が必要とされるのは、仲裁手続きの進行にかかる経費である。そのポイントは、争点の選択・絞り込みによる争点整理、同業務に関連する仲裁廷の権限強化、といえるだろう。

---

133 UNCITRAL Rule of Arbitration の経緯については、次の文献参照。Renata Brazil-David, *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*, 28 J. of International Arbitration 427-444 (October 2011). 実際に UNCITRAL Model Law は、世界各国の国内法として、わが国をはじめ多くの国で採択されている。内容や詳細については次を参照。  
[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

134 International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008, at 2 Queen Mary University of London School of International Arbitration and Price Waterhouse Coopers,  
[http://www.pwc.com/eng/publications/international\\_arbitration\\_2008.html](http://www.pwc.com/eng/publications/international_arbitration_2008.html)  
なお、2013年の調査研究もある。

<http://www.pwc.com/gx/en/services/advisory/consulting/forensics/international-arbitration-survey.html>

135 ICC Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, CMS Guide to Arbitration, Vol. II, Appendix 4.3, at 537-563; 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process,  
[http://annualreview2012.whitecase.com/international\\_arbitration\\_survery\2012.pdf](http://annualreview2012.whitecase.com/international_arbitration_survery\2012.pdf)

136 The London Court of International Arbitration (LCIA) [www.lcia.org](http://www.lcia.org)

### 3.3.5. UNCITRAL Arbitration Rules 2010<sup>137</sup>

UNCITRAL は、ad hoc 仲裁や機関仲裁だけでなく、各国家の包括的な仲裁規則体系 (a unified and comprehensive set of rules of arbitration) を作成し、1976年に採択された。それは真の普遍性 (truly universal origin)<sup>138</sup> と柔軟性 (flexibility)<sup>139</sup> を念頭においていた、という。その後約30年経過し、2004年に改訂の必要性が論じられ<sup>140</sup>、2006年の第39回 UNCITRAL 会合で認められ具体的に開始された。2010年2月には完成し、2010年 UNCITRAL 仲裁規則として2010年8月15日に発効した<sup>141</sup>。改訂の目的は、国際仲裁の原稿の商慣習を取り入れることにあり<sup>142</sup>、具体的には技術革新による電子手段による広範な通信伝達であった。これは逆に言うと、情報技術の知識やその適切な管理がなければ、遅延やコスト高の要因となってしまう可能性がある。特にアメリカ型の情報開示制度 (discovery) が仲裁手続きに導入されると、遅延とコスト高になるため、改善が必要であった<sup>143</sup>。その点について IBA の国際商事仲裁における証拠採取の規則 (Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 1999, 2010) で情報開示はアメリカ型ではなく、一般的な情報開示制度 (general discovery procedure) とされた<sup>144</sup>。電子情報の開示は、ICC では特別部会を立ち上げ、IBA も2010年改訂版を作成した。改訂のポイントは七つあり、以下論ずる<sup>145</sup>。

#### (1) 適正手続き (due process)

- ① UNCITRAL 1976 Sec.3 (arbitral proceedings) General provisions Art. 15(1) Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitra-

137 UNCITRAL arbitration,

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html)

138 Gerold Herrmann, *Comment: UNCITRAL's Basic Contribution to the International Arbitration Culture*, in Albert Jan van den Berg ed., ICCA Congress Series No. 8, at 50 (1998).

139 Gary Born, *International Commercial Arbitration* 151 (2010).

140 Pieter Sanders, *Has the Moment Come to Revise the Arbitration Rules of the UNCITRAL?* 20 *Arbitration International* 243 (2004).

141 詳細は次の文献参照。David D. Caron & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL arbitration rules: a commentary with an integrated and comparative discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL arbitration rules*, (Oxford commentaries on international law, Oxford Univ. Press, 2d ed. 2013).

142 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of Its Forty-fifth Session, Vienna, Sep.11-15, 2006, U.N. Doc. A/CN. 9/ 614, para 16.

143 Louise B. Kimmelman, *Document Production in the United States and Document Production in International Arbitration*, 17 ICC ICAB, 2006 Special Supplement, at 43.

144 Hilmar Raeschke-Kessler, Art. 3 IBA Rules of Evidence: A Commentary on the Production of Documents in International Arbitration, 12<sup>th</sup> IBA Arbitration Day, Dubai, 6 (Feb. 16, 2009), <http://www.raeschke-kessler.de/downloads/ibadubai5fuerwebsite/pdf/>

145 Daria Kozłowska, *The Revised UNCITRAL Arbitration Rules Seen through the Prism of Electronic Disclosure*, 28 *J. of International Arbitration* 51-65 (2011).

tion in such manner as it considers appropriate, provided that parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.

- ② UNCITRAL 2010 Sec.3 (arbitral proceedings), General provisions Art.17 (1) Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case.<sup>146</sup>

上記から、1976年規則では、当事者は主張を完全に行う権利が与えられ、仲裁廷が制限をすれば適正手続き違反として仲裁裁定に異議が出される可能性があった。増大する電子書類についての適切な管理がなければ、膨大なデータの中からの確かな書類の検索や提出に時間やコストがかかる。そのため最も重要な一つである *due process* に反しない範囲で、効率的な手続きを模索し、仲裁廷に裁量を与える合理性基準 (*reasonable test*) が取り入れられた。これは IBA 規則第9条2項<sup>147</sup> を参考に、費用対効果面 (*procedural economy weigh against production*) の観点から採択され、LCIA も同様である。

(2) 聴取 (*hearing*) に関する権利の制限

- ① UNCITRAL 1976 art. 15 (2) If either party so requests at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument.
- ② UNCITRAL 2010 art. 17 (3) If at an appropriate stage of the proceed-

---

146 UNCITRAL1976, 2010ともに下線は筆者による。

147 IBA art.9.2 The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion exclude from evidence or production any Document, statement oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) Lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome;
- (b) Legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) Unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) Loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred;
- (e) Grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;
- (f) Grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or
- (g) Consideration of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.



ings any party so requests, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument.

聴取は主として、口頭事項の確認 (oral evidence) を主とし、書面についても行われるが、1976年規則ですべての段階で聴取の要求が権利として認められていたが、2010年規則ではそれが適切な段階でのみ、と制限されている。

(3) 不必要な遅延や費用回避の規定の新設

UNCITRAL 2010 art. 17. 1. The arbitral tribunal, in exercising its direction, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties' dispute.

この文言の新設により、従来の公平性と効率化を維持しつつ、仲裁廷はより時間とコスト意識を高めるよう明文化された。この規定は、個々の手続きや内容を限定せず、迅速かつ効率的な進行という、費用対効果の観点から、仲裁廷に適切性の判断権限を与える根拠となる。LCIA では迅速・効率的な進行が「義務」とされ<sup>148</sup>、国際仲裁の手続きも迅速性が求められている。純粋な商業では法や規則での明示的根拠は不要で、静かに市場メカニズムにより、自然と排除されるだけのことであるが、国際仲裁はあくまで司法制度の一部であるため、根拠となる仲裁規則の文言には細心の注意が必要とされる。国際仲裁の継続的な改善努力は、当事者の公平性と平等な扱いを確保しつつ、適切な時間と費用管理をしながら、当事者の満足度を高めることにある、という<sup>149</sup>。

(4) 仲裁廷に期日修正の権限を付与

UNCITRAL 2010 art.17(2) The arbitral tribunal may, at any time, after inviting the parties to express their view, extend or abridge any period of time prescribed under these Rules or agreed by the parties.

ここにおいて仲裁廷の期日修正の権限を根拠として明確化された。Working Group の起草段階では、当事者の意見聴取も不要で、仲裁廷の判断で可能とする条文であったが、当事者の意見聴取の機会不在の手続き的問題や、仲裁は当事者の妥協納得の上進行する一体感が崩れることを危惧し、当事者の意見聴取の後に権限が与えられる、とされた<sup>150</sup>。

148 LCIA arbitration rules, art.12.1 ii: ...he arbitral tribunal has a duty to adopt procedures suitable to the circumstances or the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair and efficient means...

149 David J. Howell, *Introduction, Electronic Disclosure in International Arbitration: A Changing Paradigm*, in David J. Howell ed., *Electronic Disclosure in International Arbitration 2* (2008).

150 UNCITRAL Working Group II, forty-seventh session, Vienna Sep.10-14, 2007, Settlement of Commercial Disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules; Note by Secretariat, U. N. Doc. A/CN.9/WG. II/WP.147/Add.1, para 6.

## (5) 早期協力と暫定スケジュールの策定義務

UNCITRAL 2010 art.17 (2) as soon as practicable after its constitution and after inviting the parties to express their view, the arbitral tribunal shall establish the provisional timetable of the arbitration.

この条文により、仲裁廷が当事者と手続に関する協議を早期に行うよう促される根拠となる。早期協議の必要性は、現実の訴訟事例の教訓からきている<sup>151</sup>。またアメリカやイギリスの民事手続法の規定でも、当事者に早期の証拠提出を促している<sup>152</sup>。この規定の趣旨は、手続きを進め、相手の出方をうかがいつつ最終的に訴訟で勝つ、という司法的発想ではなく、当事者間の早期の意思疎通が、手続きの最終段階での紛争を回避もしくは最小限に抑えることにある<sup>153</sup>。各当事者にとっても、争点となる事項に優先順位をつけて準備することは、審理進行の迅速化となり、効率的である。

## (6) 供述書面と証拠開示における法的論拠の必要性

## ① UNCITRAL 1976 art.18 (statement of claim)

1. Unless the statement of claim was contained in the notice of arbitration, within a period of time to be determined by the arbitral tribunal, the claimant shall communicate his statement of claim in writing to the respondent and to each of the arbitrators. A copy of the contract, and of the arbitration agreement if not contained in the contract, shall be annexed thereto.
2. The statement of claim shall include the following particulars:
  - (a) The names and addressed of the parties;
  - (b) A statement of the facts supporting the claim;
  - (c) The points at issue;
  - (d) The relief or remedy sought.

The claimant may annex to his statement of claim all documents he deems relevant or may add a reference to be documents or other evidence he will submit.

---

151 Richard Hill, *The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence?* 25 *Arbitration International* 94 (2009).

152 U. S. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26 (f); English Civil Procedure Rules, Practice Direction to Rule 31, 2A.

153 Joh M. Barkett, *Production of Electronically Stored Information in Arbitration: Sufficiency of IBA Rules?*, in David J. Howell ed, *Electronic Disclosure in International Arbitration* 61 (2008).

## ② UNCITRAL 2010 art.20 (statement of claim)

1. The claimant shall communicate its statement of claim in writing a period of time to be determined by the arbitral tribunal. The claimant may elect to treat its notice of arbitration referred to in Article 3, as a statement of claim, provided that the notice of arbitration also complies with the requirements of paragraphs 2 to 4 of this article.
2. The statement of claim shall include the following particulars:
  - (a) The names and contact details of the parties;
  - (b) A statement of the facts supporting the claim;
  - (c) The points at issue;
  - (d) The relief or remedy sought;
  - (e) The legal grounds or arguments supporting the claim
3. A copy of any contract or other legal instrument out of or in relation to which the dispute arises and of the arbitration agreement shall be annexed to the statement of claim.
4. The statement of claim should, as far as possible, be accompanied by all documents and other evidence relied upon by the claimant or contain references to them.<sup>154</sup>

この改訂の大きな特徴は、申し立て内容を支持する法的根拠の提示を、条文中で明示していることにある。これは申立当事者の法的観点からの立証を促すことにより、精度の高い進行になるからとされる<sup>155</sup>。特に国際仲裁は柔軟性が利点であることから、異なる法制度をもった多様な文化的背景の当事者の主張を、整理する必要がある<sup>156</sup>。こうした傾向はアメリカの訴訟における情報開示制度 (U. S. Style discovery) の、当事者は同等の情報知識を共有するためのもの、という前提からきている。ただしこれは証拠漁り (fishing expedition) の危険性を含み、国際仲裁の時間と費用の長大化の原因であるため、UNCITRAL 第17条1項で、関係の薄い幅広い関連証拠の提出に歯止めがかかるよう整備されている。

## (7) 暫定判断・仮決定に関する仲裁廷の裁量強化

## ① UNCITRAL 1976 art. 26.

154 下線は筆者による。

155 UNCITRAL Working Group II, 46<sup>th</sup> session, New York, February 5-9, 2007, Settlement of Commercial Disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, Note by Secretariat, U. N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.145/ADD.1, at 6.

156 Michael E. Schneider, *A Civil Law Perspective: "Forget E-Discovery"*, in David J. Howell ed., *Electronic Disclosure in International Arbitration* 13-20 (2008).

1. At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale or perishable goods.
2. Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to require security for the costs of such measures.
3. A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement

② UNCITRAL 2010 art. 26.

1. The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.
2. An interim measure is any temporary measure by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party, for example and without limitation, to:…  
(d) preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.
3. The party requesting an interim measure under paragraphs 2 (a) to (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:
  - (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and
  - (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.
4. With regard to a request for an interim measure under paragraph 2 (d), the requirements in paragraph 3 (a) and (b) shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.<sup>157</sup>

この内容は、UNCITRAL Model Law の条文からきており<sup>158</sup>、最も大きな変

157 下線は筆者による。

158 UNCITRAL Model Law, Chapter IV. A.



更点は、紛争解決に重大な証拠に限定した保全に関して明文化したことにある。その要件も、UNCITRAL 2010 に具体的に記され<sup>159</sup>、仲裁廷が適切と判断した場合に限られ、文書や証拠の破棄が想定される場合、回避するよう促す内容になっている。

### 3.3.6. UNCITRAL 2010改訂の要点

通信技術の発達による電子手段の取引増大、という現状に対応するため、検討された結果、次の四点に要約できる<sup>160</sup>。

第一に、手続き遅延コスト増大を中心に改訂されたことがあげられる。従来の1976年規則では、当事者の主張機会を保障し、手続き面を全面的に重視していたが、結果として過度な遅延とコスト高になっている現状を重視し、2010年規則では、仲裁廷の裁量を大きくし、その根拠を明文化したため、手続き保障の面でも配慮されている。

第二に、手続き計画（procedural timetable）策定のため、当事者の早期協議の促進が挙げられる。計画表に基づくため透明性が高まり、不平不満も少なく、計画策定のために早期に争点整理する機会にもなり、迅速化に結び付きやすい。

第三に、申立内容に法的根拠の明示が、条文により明確に要求されていることがある。仲裁廷としては、主張の根拠を各種契約書や慣習、準拠法等に基づきその妥当性を判断することになるが、当事者の法的根拠が明示されていれば、かなり効率的に進めることができ、当事者の誤解等も早期に指摘し解決策の提示も容易になる。

第四に、暫定措置に関する仲裁廷の権限を強化することにより、裁定に与える影響が大きい証拠書類等の保全が行われやすくなり、証拠書類等の破棄からくる問題の発生を抑制する構造になっている。

以上のように改訂されたが、未解決の項目もまだ多い。例えば証拠書類の範囲策定、期限を遵守しない際の不利益や罰則などがある<sup>161</sup>。ただし商取引は本質的に流動的であるため、万能な解決策は困難であり、現実の商取引に対して効率的に対応できるよう、常に規則や制度を改訂する意識をもち、柔軟に対応する実行力を保持することが重要である。

### 3.3.7. 第3節の小括

グローバル商取引の増大により国取引契約が増加し、複雑な商取引紛争が増

159 UNCITRAL 2010 art.26 (3)

160 Daria Kozłowska, *supra* note 145, at 64.

161 *Id.* at 64-65.

え、国際仲裁の必要性が高まり、その手続きと実体の両面で改善を促進させる必要があり、その本質は「脱国内化 (denationalization)」と「集約化 (convergence)」にある、という<sup>162</sup>。国際紛争の増加が、訴訟ではなく、仲裁であることは、前者は本来、国内の制度であり、それゆえ裁判官が国際的な事案や国際商取引の領域に精通していないことがある。また現実には異なる文化地域からの企業が増えていることもある<sup>163</sup>。国際仲裁の訴訟に対する利点として、迅速性、秘匿性、中立性、専門性、柔軟性、執行性が挙げられるが、現実への適応力の高さ（柔軟性）が大きな強みであろう。それは、国際仲裁における商取引紛争という需要に対する解決・処理サービスの構築という供給を、できる限り合わせることである。国際仲裁は司法制度の補完であり、それゆえ純粋なビジネスとは異なり、仲裁裁定の正当性を支持する国内法手続、仲裁裁定の執行を担保する国際条約、の二点を前提として機能する。前者については各国内法の司法手続き、後者については1958年ニューヨーク条約がある<sup>164</sup>。国際商事仲裁が国際民事訴訟より人気が高い原因の根本は、このニューヨーク条約にあると考える。この二点に関する重要なことは、正当な手続き (due process) であり、具体的には弁明の機会提供 (rights of defense) と平等原則 (equality) である。仲裁裁定の再審理は実質的に、仲裁合意範囲の逸脱、適正手続き違反、公共政策の違反、の三点であり、その裁量も限定的になりつつある<sup>165</sup>。

今回取り上げた Queens Mary University of London の実証調査や ICC の報告書から、国際仲裁の骨子は、「手続きの迅速性と効率化の具体的方策」であり、その取り組みについては、上記三点、特に正当手続原則の担保が前提とされる。「迅速な対応・処理」と「厳格な手続き遵守」はトレードオフの関係になりがちであるが、国際仲裁の本質では敵対的ではなく、相互補完的であり、国際仲裁が市場サービス化の傾向が高まると、各機関や規則の競争が高まり、結果として高質なサービスを安価に提供できる制度構築につながっていく。この点が

162 Bernard Hanotiau, *International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future*, 28 J. of International Arbitration 89-103 (2011).

163 *Id.* at 90. 仲裁のグローバル化については、次の文献参照。Katherine Lynch, *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration* (2003); Reza Banakar, *Reflexive Legitimacy in International Arbitration*, in Volkmar Gessner & Ali Cem Budak eds., *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, at 325 (1998).

164 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). 我国では「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」(昭和36年条約第10号)として成立しており、2015年9月1日現在で、156か国・地域が加盟。条文内容等の詳細は UNCITRAL website 参照。

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)

165 Bernard Hanotiau, *supra* note 162, at 94.

国家の司法制度と根本的に異なる点であり、司法制度は本来、国内の国民のための制度であり、本質的に手続き重視で競争環境ではなく、時間やコスト感覚が薄い。国際条約などの国家間交渉の事案は、その進展には膨大な時間と費用、さらに妥協も必要とされる。一方、国際仲裁をサービス業としてとらえると、適正手続きを前提に、改善内容を主体的に見出し実行していくため、自由市場主義的な **incentive** が組み込まれている。また仲裁は非公開であるため、競合他社等の当事者以外は、問題の詳細、争点、請求金額等について知ることができず、そもそも紛争の事実さえ外部にはわからない。ただし仲裁にも否定的な面もある。例えば、公開が難しいため、仲裁事例や経験が継承されにくく、問題点や争点の体系化が困難であること、以前の仲裁例については部分的にしか情報が入らないため、当該仲裁裁定がどの程度合理的で客観性があるのか、相対的に確認し難いことがある。また国際仲裁の良い面も悪い面も継承することが難しいため、一向に改善されにくく、悪循環になりやすい傾向がある。

グローバル化とは、地球規模の競争社会を意味し、国際商取引契約の量的増加により、国際仲裁が紛争処理サービス業<sup>166</sup> として台頭しつつある。変化や進展が激しい国際仲裁では、需要に適切に対応できる制度・機関のみが存続できる。商取引の根本である「需要を早期に発見し、効率的に高質なサービスを提供する」ことから、国際紛争においても、迅速・確実に対応できる世界的な仲裁制度が求められる。市場社会と同様、紛争処理サービス業においては、改善の根拠や目標を市場に求める。関心は、商学的観点からの国際商事仲裁の分析であり、その目的はより効率的な財・サービスの効率的配分を、具体的事例について試行錯誤しながら、より洗練された制度構築の提案にある。状況に応じ効率的に対応するための柔軟性とその方法について危機意識を持ちながら取り組むことが大切である。

---

166 紛争「解決」ではなく、紛争「処理」とするのは、前者は当該問題に関する背景も含めて深く掘り下げて理論化して解決を目指す、という法学的発想で質重視の姿勢である。後者は、グローバル化に伴う紛争の量的増大に対応するため、最低限の手続きを確保しつつ、商学的発想で迅速性を尊び、短時間で高質な成果を目指す姿勢を意味している。

## 第4節 ICC 仲裁裁判所における CISG および PICC の適用

### 3.4.1. はじめに

国際商取引における紛争解決手段として、特に継続的取引を前提としている企業間では、従来から訴訟 (lawsuit) より、商事仲裁 (commercial arbitration) が選好される傾向がある<sup>167</sup>。その理由として、訴訟以上の世界的執行力に担保され、手続き的柔軟性をもって迅速かつ効率的に処理が可能であることにあると考えている。つまり総合的に商学的観点からの「費用対効果」が高水準で達成されていることにある<sup>168</sup>。本節では、常設仲裁機関として世界的に著名な ICC International Court of Arbitration (以下「ICA」)<sup>169</sup> の2005年の公表された統計をもとに、CISG および PICC が仲裁において適用される際の傾向について考察していきたい。本節の結論は簡潔には次の通り。

ICA2005年のデータから、現実の国際商事仲裁における準拠法は、あくまで国家法 (a national law) であり、それを補完・解釈するための基準として、CISG および PICC が利用されていることが確認できた。商取引は本質的に万国共通に成立し、普遍性の高いものであるため、その取引を規律するルールも理論的には、万国共通の普遍的規則に収斂される方向にある。理論的には超長期的に収斂されつつ、現実の商取引の発展は漸進的であるため、各国の民商法の規定や、国際的なルールである CISG や PICC も細かな修正や改訂を積み重ねていくであろう。そうした過程において国際条約としての CISG と、商学的リステイトメントである PICC の役割が明確になり、その相互補完関係がより

167 中村秀雄『国際取引契約—英国法に基づく分析—』446頁（有斐閣、2004年；北川俊光・柏木昇『国際取引法（第2版）』398頁（有斐閣、2005年）；山田鐸一・佐野寛『国際取引法（第3版）』276頁（有斐閣、2006年）。

168 国際民事訴訟における手続きのコストに関する、現実的観点から検討している文献として、小林秀之『国際取引紛争（第3版）』第2編5章（弘文堂、2003年）参照。

169 仲裁機関の規模、歴史、処理件数等から、国際的に見て代表的な常設仲裁機関であるという（大隈一武『国際商事仲裁の理論と実践』28頁（中央経済社、1995年）。ICC は1919年に設立され、貿易・サービスの規則策定等を行い、仲裁裁判所もその一環とされ、国連の経済分野に関する A 級諮問機関でもある。仲裁規則は1922年に策定され、27, 31, 33, 39, 47, 55, 75, 88, 98年の各改訂を経て、最新のものは2012年版。ICA は常設仲裁機関として原則、毎月会合を開き、仲裁事件が付託された場合は担当する仲裁人からなる仲裁廷を構成する。実際の進行は仲裁廷が行うが、ICA 事務局は仲裁付託段階の手続き、仲裁判断の形式的修正等に関与し、仲裁規則適用の適正化の確保に努める（以上、同書）。常設仲裁機関の制度比較については、Bridget Wheeler ed. *International Arbitration Rules a comparative guide* (LLP Prof. Pub. 2000) 参照。ただしこれには世界的に有名な UNCITRAL 仲裁規則が含まれていないため、これを含めた比較として、中村達也『国際商事仲裁入門』216-221頁（中央経済社、2001年）参照。また国際的な仲裁規則としてとくに有名な UNCITRAL モデル法の経緯については、次の文献に詳しい。Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Intro. at 1-17 (Kluwer L. & Tax. Pub. 1989)。



明確に強固になることにより、商取引の効率的な発展に寄与すると考える。

### 3.4.2. ICA における国際商事仲裁の傾向<sup>170</sup>

#### (1) 当事者

新規申立の件数 (cases) は521件 (117か国、1422当事者) であり、以下当事者の地域別にみていきたい。アフリカは68件 (4.78%) であり、突出して Ghana があり、過去5年間で最も多い。アメリカ大陸では357件 (25.11%) で、うち北アメリカ大陸187件 (内52%)、南アメリカ大陸170件 (内48%) とほぼ均衡している。アメリカは当事者の国としては最も多く、179件 (12.59%) をしめている。またブラジルとメキシコの当事者が2004年と比較して、それぞれ17%、35%と増加している。アジアにおいては、中央・西アジアの割合がアジア全体の3分の1を占め、2003年度の5分の1から増加している。当事者数では81 (5.7%) であり、東南アジアは169 (11.9%) を占め、最も多いのがインド42、次いで中国34、日本27、シンガポール14、韓国13と続く。欧州では北・西欧州の当事者数は598 (42.0%)、中・東欧州は122 (8.6%) となり、フランスとドイツの利用が伝統的に多い。豪州では27 (1.9%) でニュージーランドが19と最も多い。

当事者の数については、新規申立の事例のうち、3分の2は当事者二者で、残り3分の1が、3以上の当事者が関与する割合の詳細は、3～5当事者が内80%を占め、6～10当事者も内18%、11以上の当事者も2%ある。また当事者として国家・準国家団体 (parastatal entities) の割合は、521件中68件 (13.1%) であり、とくに中央・西アジアの増加がみられる。また地域別では、サハラ以南のアフリカ諸国および中央・東欧州に増加傾向がある。

#### (2) 仲裁廷

ICC 仲裁規則では、仲裁人の選定手続きは、当事者による指名ないし仲裁裁判所の指名により行われる<sup>171</sup>。全948仲裁人のうち、単独仲裁人 (sole) が171人、複数仲裁人 (3人) が251事例777人 (chairman 251, co-arbitrator 526) となっている。また単独のうち28人 (16.4%) は当事者の指名により、138人 (80.7%) は ICC 国内委員会 (national committee) の提案により、5人は ICA の直接決定による。また補佐仲裁人526人のうち497人 (94.5%) は当事者の指

170 これらの根拠となるデータは “2005 Statistical Report” 17 ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC ICAB) 5-15 (2006). に基づき、筆者が再構成した。細かな引用等は省略する。

171 ICC Rule of Arbitration (2012) art. 7 (4) (general provisions) & art. 9 (appointment and confirmation of the arbitration).

名により、19人（3.6%）は ICC 国内委員会の提案により、10人は ICA の直接決定による。

第三仲裁人（3人仲裁人の議長）251人のうち、20人（8%）は当事者の指名により、115人は二人の補佐仲裁人により、104人（41.4%）は ICC 国内委員会の提案により、12人は ICA の直接決定により決定された。また当事者の指名した24の仲裁人が、裁判所による承認を得ることができなかった。

仲裁人の国籍について、2005年に指名された仲裁人は68か国、上位10か国はスペイン（6位）を除きすべて北米・西欧が占めている。ちなみに我が国は3人（全948人の0.32%）、68か国中37位（同順位9か国）であり、上位10か国で644人68.0%を占めている。残り32%を58か国（平均0.55%）で分けている状況である。

また仲裁人の任命に対する異議申し立て（challenges）が微増で21件40人（第三14、補佐21、単独5）であり、内16人で申立人（claimant）が第三に対して4人、補佐に9人、単独に4人であった。内24人で被申立人（respondents）から第三に対して10人、補佐に対して12人、単独に対して2人であった。

異議申し立てについては、ICC 仲裁規則第11条により、公平性を欠く等の理由による場合は認められており、ICA はその申し立てを取り上げるが、実際に認められたのは40人のうち2人であり、これは例年の平均である。また19人の仲裁人の辞任を認めており、6人の仲裁人の交代（うち4人は ICA 主導、2人は本人の希望）が行われた。

事例の87.4%で、当事者が仲裁条項またはその後の同意により仲裁地を決定した。残りの12.6%では当事者が不明確や合意に至らない事例で、ICA が決定した。仲裁地としては50か国85都市にわたり、欧州主要都市を中心に、各地域の主要都市が選定されている<sup>172</sup>。選定理由は、仲裁人の住所地が主とされ、次いで当事者の住所や交通の利便性などがある。

準拠法については、事例の81%で当事者の契約書に明記されているものが選定され、うち国家法が79.3%である。上位4か国はスイス、イギリス、アメリカ、フランスで、全体の61.4%（443件のうち272件）を占めている。ちなみに我が国は3件（0.68%）である。アメリカについては16州にわたり、最も多いのがニューヨーク州であった。

また当事者の契約書において国家法以外の指定が若干あり、CISG が5件、General Principles…, International law, International commercial law, the 1978 Hague Convention on the Law applicable to agency が各1件あった。

---

172 Paris, Geneva, London, Zurich, New York, Singapore, Madrid, Vienna, Mexico city など。

## (3) 紛争の内容

当事者の申し立て金額は、5 万米ドルから 5 億米ドルまで多岐にわたるが、約80%が 5 千万米ドル以下である。金額やその幅の増大が若干みられる程度で、1 百万米ドル以下の事例が全体の 3 分の 1 近くを占める一方、1 億米ドル以上の事例も散見される。

産業分野別 (economic sectors) では、建設・エンジニアリングが最多で14.4 %、次いでエネルギーと IT が各10%強、金融、保険、産業機器、輸送が約 7 %と続く。健康製薬化学は前年6.2%から3.6へ下落し、一方で原材料関連は、前年3.7%から6.9%へ増加している。これは世界的な資源インフレの傾向が仲裁にも反映されつつあるといえる。

契約種別 (types of contracts) では、物品売買が全体の半数を占め、建設エンジニア関連が15%、販売店・フランチャイズ関連 8 %、株式売買 9 %、合併企業と知的財産権が各 8 %となる。また契約締結から 5 年以内が約70%、10年以内では90%となり、時間の経過とともに実際に紛争になる可能性は減少しているが、一方で20年以上前の契約案件での紛争も散見される。

仲裁裁定については、2005年に325件、うち208件が最終裁定、84が部分裁定 (partial awards)、33件で同意裁定 (awards by consent) であった。仲裁人 3 人の事例ではほとんどが全員一致、27件で多数決であった。

使用言語は、英語が75%以上、フランス語10%強、スペイン語が 5 %、その他ドイツ語、イタリア語、ポルトガル語、ポーランド語が若干あった。

ICA は裁定を承認するにあたり、ICC 仲裁規則第27条に基づき、その内容を検証し (scrutiny)、その形式と要点を整理 (draw) した後256件で承認、31件で仲裁廷に再提出が要求された。また仲裁廷は裁定書の修正、解釈の付属書を 21件付し、また仲裁廷は仲裁裁定の修正や解釈の請求について、22件で却下している。

## (4) その他事項

迅速な判断が求められる事例においては、仲裁前の判断手続 (Pre-arbitral Referee Procedure) があり、この制度はフランスの緊急法廷判事の制度にヒントを得て構想され、契約関係において発生する問題を迅速に解決するための制度であり、暫定的紛争解決方法として1990年に発効した<sup>173</sup>。ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedureに基づき、2 件の申し立てがあり、裁定人 (referee) の指名後、それぞれ 4・5 週間で決定が出されている。また ICA が ICC 仲裁規則ではなく、UNCITRAL や ad hoc 仲裁の手続きにより行われる事例が

173 大隈一武、前掲注169、184-187頁。

増加しており、前年の14件から21件へと増加している。18件が ad hoc 仲裁における仲裁人の選定が求められた。(内 8 件が UNCITRAL 仲裁規則、内10件が ad hoc 仲裁手続き)。また ad hoc 仲裁手続きにおける異議申し立ての判断が 3 件求められ (すべて UNCITRAL 仲裁規則)、いずれも却下している。

また1976年に “the ICC International Centre for Expertise”<sup>174</sup> が設立され、定期的に専門家の認定がなされ、2005年は11人の応募と 9 人の提案があり、最終的に 2 人の認定を行った。専門家が要求される紛争としては、金融、運送、エンジニアリング、建設、重工業、食品加工、法律等多岐にわたる。具体的には産業施設の稼働状況や、食品内容物の品質から、逸失利益の算定や国家省庁の法令にまで多岐にわたり、国籍も世界中にある。また ICC DOCDEX は、信用状やその他書類に関する紛争を解決するための、特別に策定されたものである。これは ICC Commission on Banking Technique and Practice (ICC 銀行技術慣行委員会) のリストから 3 人の専門家が選定されてパネルを構成し、書面での手続きにより短期間での解決を主眼としている。2005年には 9 件の事例が付され、3 分の 2 の事例で80日以内に決着されている。

#### (5) 小括

以上から、次のようにまとめることができる。

- ① 新規申立件数は年間500件を超えており、近年増加傾向にある。ICC は特定の国家に所属しない常設仲裁機関として重要な役割を担う。
- ② 欧米先進諸国の利用割合が高く、経済発展に付随してアジア地域、中南米地域、中東欧諸国の利用増加が期待される。
- ③ 従来の売主と買主、という二者間取引から、サービス経済の割合が増加するにつれて、専門的企業が多数関与する三者以上の取引が増加しており、今後もその拡大が予想される。単純な物品売買から、多数の企業が参加するプロジェクト型の商取引が増加し、今後は取引量の拡大とともに、高度な専門性が必要になる。
- ④ 準拠法については、圧倒的に国家法を指定している割合が高く、「商取引の一般原則」などはごく僅かであった。訴訟と異なり仲裁では厳格に準拠法を指定する必要性は低いが、現実には訴訟と同様の手法がとられている。ただ国内法でも、国際商取引の解釈等においては CISG や

---

174 1976年に ICC 理事会で承認され、1977年規則として公表された際には、「国際技術専門家センター (the International Centre for Technical Expertise)」であったが、1993年新規則において「国際専門家センター (the International Centre for Expertise)」と広義に利用されている。ここでの専門家とは、契約締結前や履行途中に専門的な助言を行い、裁判や仲裁において専門家証人または鑑定人としての役割を果たす。



PICC を引用参照する事例は増加している。今後はこうした国際商取引における契約一般原則に関する法規則の需要が高まってくると予想される。

- ⑤ コンピュータ網を介した商取引の増加がさらに見込まれるが、関連した規則は不十分であり、電子的手段による国際商取引規則の体系的な整備が望まれる。

### 3.4.3. ICA における CISG の適用

(1) CISG は国際商取引における自律的な売買契約法システムを構築する、包括的な統一実質法として、世界的にも統一法の歴史上最大規模のものである、という<sup>175</sup>。実際に1986年12月に発効に必要な10か国を超え、2015年9月現在の条約締約国は83か国に上り、順調に推移している。CISC art.1.1によると、訴訟では二つの基準を満たせば自動的に適用される<sup>176</sup>。第一に、異なる国家に所属する企業の取引であること。第二に、締約国または国際私法の規定により準拠法が締約国のものであること<sup>177</sup>。しかし仲裁においては訴訟と異なり、明確な準拠法の必要性が明確ではないため、当事者の希望により柔軟な運営が可能である<sup>178</sup>。具体的には、当事者が明示または黙示に適用を希望していた場合、および当事者が希望していない場合であっても仲裁人がその適用が適切と判断して適用した場合がある。以下みていきたい。

#### (2) 当事者の選択

当事者が国家法 (a national law) を指定している場合、訴訟における CISG の適用は明確である。当事者が適用排除の意思が明確である場合を除き、締約

175 甲斐道太郎・石田喜久雄・田中英司編『注釈 国際統一売買法 I ウイーン売買条約』3頁 (法律文化社、2000年)。

176 ただし当事者は締約国であっても CISG の条文の修正や適用を除外 (opt out) できる (CISG art. 6 The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.)。

177 同条文の営業所 (a place of business) とは、通常取引が行われる常設の場所のことを言い、一時的なものは認められない、と解釈される (John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, para 43, at 32-34 (3d ed. Kluwer L. Int'l. 1999))。

178 ICC Rules of Arbitration 1998 art.17 (Applicable rules of law):

1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.
2. In all cases, the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.
3. The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

国は CISG art.1.1の規定により、二つの条件を満たせば適用される。一方仲裁では、当事者が CISG 締約国を準拠法とした場合、仲裁人は訴訟と同様に CISG の適用を類推し<sup>179</sup>、実際にもそれにより多くの仲裁裁定が出されている<sup>180</sup>。

両当事者がいずれかの国内法ではなく、第三国の国内法を準拠法として指定し、その国が CISG 締約国でありその事実を当事者が知らなかった場合、どうであろうか。ある事例では<sup>181</sup>、ポーランドの売主とギリシャの買主が、準拠法をスイス法とする契約をした。仲裁廷は当事者の意思として中立国の法（*neutral law*）と誤って解釈し、CISG を適用しなかった。本来仲裁人は当事者の CISG 排除の意思がなければ、国内法の一部だけ適用し、他方を排除することは、好ましくないとされる<sup>182</sup>。また当事者が国内の実体法に限定する（*subject to the substantive law of France*）文言があった場合でも、CISG は適用される<sup>183</sup>。というのも CISG は締約国にとっては実体法である。当事者が準拠法として国内法を指定し、補完・解釈として CISG を指定した事例では<sup>184</sup>、当事者の意図を確認し、契約一般についてはフランス法、物品売買に関することは CISG で解釈することとした<sup>185</sup>。また CISG 適用の要件に該当していない場合に当事者が具体的に CISG 適用を言及している（*opt in*）事例では、その意思を尊重して適用される<sup>186</sup>。

### (3) 当事者が選択していない場合の適用

当事者が明示もしくは黙示に CISG 適用に言及していない場合であっても、仲裁人が適用することは可能であり、その方法は国際私法の規定に従うものと、直接適用するものがある<sup>187</sup>。仲裁において前者の方法は、若干古い方式とされるが、まだこの方法が時折みられる<sup>188</sup>。本来仲裁廷は、当事者の意図に沿うよ

179 Alexis Mourre, *Application of the Vienna International Sales Convention in Arbitration*, 17 ICC ICAB 43 (2006).

180 ICC case 7153 (1992); ICC case 6653819939; ICC case 8324 (1995). これら事件の詳細な分析については、Jean-Jaques Arnaldez, Yves Derains & Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards*, at 442-447, 512-529 (vol.3, 1991-1995, ICC) 参照。

181 ICC case 8482 (1996), 11 ICC ICAB 56 (2000).

182 Mourre, *supra* note 179, at 44.

183 ICC case 7754 (1995), 11 ICC ICAB 46, 47 (2000).

184 ICC case 8769 (1996), 11 ICC ICAB 69 (2000). 契約書において下記文言があった。The arbitrator will interpret the contract and settle the dispute in accordance with French law and suppletorily with the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, concluded in Vienna on 11 April 1980.

185 *Id.*

186 Mourre, *supra* at 179, at 46. ICC case 8740 (1996) では、両当事者はノルウェーの企業であったが、仲裁人は当事者の意思を尊重し CISG を適用した。(11 ICC ICAB 64 (2000)).

187 Mourre, *supra* note 179, at 47.

188 *Id.*

う、できるだけ柔軟に準拠法を決定できる権限が規定されている<sup>189</sup>。1988年規則との大きな変更点は二つあり、一つは、国際私法による手続きの規定が削除されたこと。もう一つは、“law”が“rules of law”に変更されたこと<sup>190</sup>。前者により、訴訟と異なり仲裁では、仲裁廷（仲裁人）が適切だと判断した場合には直接適用することができ、国際私法上の反至（renvoi）<sup>191</sup>などの手続き上の問題を回避することができ、手続き面で効率的である<sup>192</sup>。我が国ではCISGにつき、契約準拠法の決定において反至が考慮されないことは、法文上明白である（法例第32条）という<sup>193</sup>。また後者により解釈の幅が拡大したため、肯定的には対応範囲が拡大した分、実需に対応しやすくなり、否定的には混乱が生じやすい。この文言はここ20年程度の間に国際仲裁に浸透してきた用語であり、代表的な国際仲裁規則に規定されている<sup>194</sup>。近年ではこの文言が幅広く解釈されるようになり、明文化され規定されていることから、受け入れられているといえるだろう<sup>195</sup>。現在では国境を超えた法（transnational law）とされ、商慣習法（*Lex Mercatoria*）や法の一般原則（general principles of law）やPICCを含むものとして認識されつつある<sup>196</sup>。反対論も承知の上で筆者は、この傾向は継続されるものと考えている。

189 ICC Rules of Arbitration 1988 at 13(3) in the absence of any indication by the parties so as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate. 同条文は、1998年版では、第17条に移行している。1988年版の条文コメントについては、W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, Chapter 11 (arbitral jurisdiction) (2d ed. ICC Pub. 1990) 参照。

190 詳細な解説は、Yves Derains & Eric A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Chapter 5 arts13-23, at 217-227 (Kluwer L. Int'l, 1998) 参照。

191 「反至とは、法廷地の国際私法規定によって指定された準拠法所属国（州）の法選択規則を適用して準拠法を定めること。英米ともに判例で認められているが、アメリカでは反至が認められる状況は次第に狭くなってきている」（田中英夫編集代表『英米法辞典』720頁（東京大学出版会、1991年））。この法理論については、石黒一憲『国際私法』3.2、196-206（新世社、1994年）に詳しく、簡潔には竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表『新法律学辞典』1181頁（有斐閣、1989年）参照。

192 1985年UNCITRAL仲裁モデル法第28条には明確に「一国の法又は法制のいかなる指定も…その国の実体法を直接指定したものであり、その国の法抵触法規則を指定したものではないと解釈しなければならない」とある。仲裁では、実体法を直接指定する傾向がみられる、という（近藤昌昭他著『仲裁法コメンタール』資料④（商事法務、2003年））。

193 甲斐道太郎・石田喜久雄・田中英司編、前掲注175、27頁。

194 例えば1985年UNCITRALモデル法第28条；LCIA仲裁規則第22条3項；AAA仲裁規則第8条3項。

195 Derains & Schwartz, *supra* note 190, at 218.

196 *Id.* at 218-221 & 218 n.464.ただし全般的に受け入れられているわけではなく、その意味する対象が曖昧である等の理由から反対も根強くある。反対の主張根拠については、高桑昭『国際商事仲裁法の研究』138-141頁（信山社、2000年）参照。

以上をまとめると、仲裁においては訴訟と異なり、仲裁人の裁量が大きいため、当事者が CISG 適用に明示黙示の合意があれば、仲裁廷の権限で可能といえる。一般に仲裁人は、法の一般原則を国際的な貿易慣習に結び付ける傾向がみられる、という<sup>197</sup>。また仲裁法廷の権限強化は、各種国際仲裁規則等の内容からも感じられる。これは迅速かつ効率的な仲裁廷運営のためには、一定の主導権が不可欠であることの、現場サイドからの要望によるものであろう。

#### 3.4.4. ICA における PICC の適用

商事仲裁における PICC の適用等は数量的には多くなく、特に直接言及したものは少ないが、解釈基準としての利用は意外に参照されている。以下二つに分けて考察したい。

当事者の言及による場合、ICC の事例では<sup>198</sup>、申立人が仲裁廷に対し、明確に「PICC を含む *general principles of international trade law*」の適用を言及している。ただしこの事件では指定された契約書指定の準拠法の範囲内で解決したため、実際の判断基準として PICC を参照されることはなかった。また他の事例では<sup>199</sup>、準拠法により判断された解釈を確認するため (*corroborate*) 申立人は PICC に言及したが、曖昧であったため PICC を参照しなかった。これら事例からも、契約書の準拠法条項について、第一に準拠法として特定の国家法を指定し、第二に、それらで解釈できない場合の補足的解釈規定として、個々に適切な規則 (CISG や PICC、アメリカ契約法リステイトメント等) を明示するのが好ましい<sup>200</sup>。

仲裁人による場合、仲裁人が準拠法として適切であると判断した場合、その裁量により決定できる。実際仲裁裁定において、当事者は何ら言及していない場合であっても、その解釈基準として参照した事例はいくつかある。ある事例では<sup>201</sup>、当事者は準拠法として国家法を指定し、補助的に他の法源も参照可能との文言があり、仲裁人は補助的に PICC を参照している<sup>202</sup>。また他の事例では<sup>203</sup>、契約書には“*neutral legislation*”としか定めておらず、仲裁人は ICC 仲裁規則第17条に基づき準拠法を決定した。仲裁人は中立的解決として、国際契約

---

197 Mourre, *supra* note 179, at 50.

198 ICC case 10578.

199 ICC case 11227.

200 Emmanuel Jolivet, *The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration*, ICC ICAB, 2005 Special Supplement at 65-72.

201 ICC case 11295.

202 Jolivet, *supra* note 200, at 66.

203 ICC case 10422.



の一般原則もしくは商慣習法 (the rules and general principles of international contracts or *lex mercatoria*) とし、PICC は商慣習法の一部としたが、一部を除いて適用した<sup>204</sup>。また他の事例では<sup>205</sup>、ドイツ法が準拠法とされていたが、機会損失 (lost opportunity) の規定がなかったため、仲裁人は独自に PICC への言及がなされた<sup>206</sup>。

以上をまとめると、当事者の直接的な言及、または仲裁人の独自の判断による PICC の適用参照は、理論的には可能であるが、現実にはほとんど見られず、ごく少数の事例においても、必要最小限の個所を参照する、という程度が現状である。PICC はリステイトメントであるから、根本的に準拠法としてはなりえないが、PICC の対象範囲や完全性の点でも難しく<sup>207</sup>、国家法の補助的な解釈基準としての役割が最適であり、今後もこの基本的性質は変わらないものである。

#### 3.4.5. アメリカにおける訴訟トライアルの減少

2003年12月に、Mac Galanter 教授は全米法曹協会 (ABA)<sup>208</sup> の Litigation Section のシンポジウムにおいて、トライアル (事実審理) の減少を指摘し、現実に連邦裁判所での民事トライアルの割合が、1962年の11.5%から、2002年の1.8%へ基本的に一貫して減少している、という<sup>209</sup>。また同シンポジウムだけでなく、他においても同様のテーマでシンポジウムが開催されており<sup>210</sup>、アメリカにおけるトライアルの減少傾向について以下、みていきたい。

Galanter 教授は2006年の論文において<sup>211</sup>、トライアルの減少について具体的な数字を挙げながら、その傾向を紹介しており、以下みていきたい。

204 Jolivet, *supra* note 200 at 67.

205 ICC case 9078.

206 Jolivet, *supra* note 200, at 68.

207 *Id.* at 68-70.

208 American Bar Association, <http://www.americanbar.org/aba.html>

209 John Lande, *Introduction to Vanishing Trial Symposium*, 2006 J. of Dispute Resolution 1.

210 例えば次がある。Symposium, *The Vanishing Trial*, 1 J. of Empirical Legal Studies v (2004); Symposium, *The Civil Trial Adaptation and Alternatives*, 57 Stanford L. Rev. 1251 (2005); Symposium, *The Vanishing Trial*, 2004 Dispute Resolution Magazine 3 (American Bar Association, section of dispute resolution) (*Id.* at 1 n.5-8).

211 Marc Galanter, *A World Without Trials?* 2006 J. of Dispute Resolution 7 (2006). また Administrative Office of the U. S. Courts (AO) では、“Trial”を「証拠が提出される陪審ないし法廷において主張が行われる手続きのこと」(a contested proceeding before a jury or court at which evidence is introduced)と定義している (*Id.* at 7 n.1)。また「正式事実審理；公判 裁判所の面前でなされる審理で、典型的には陪審 (jury) を付して行われるもの。事実についての争点の審理を主目的とするが、それとともに法律問題についての審理も行われる。」(田中英夫編集代表『英米法辞典』862頁 (東京大学出版会、1991年))。

包括的な傾向を理解するため、まず連邦地裁のデータを確認したい。1962年に連邦地裁では5602件の民事トライアルがあり、これは全終結数の11.5%を占めていた。一方2004年では3951件であり、同1.7%であった<sup>212</sup>。ただし連邦裁判所のトライアルは、アメリカ全体のトライアルのほんの僅かであり、その大勢（約98%）は、州裁判所で行われている、という<sup>213</sup>。次に州裁判所のデータについては National Center for State Courts のものが公表されており<sup>214</sup>、それによると、連邦地裁とほぼ同様の傾向がみられる、という<sup>215</sup>。具体的には、陪審トライアル（jury trial）では1976年の1.8%から2002年には0.6%へ下落し、非陪審トライアル（bench trial）では同34.3%から15.2%へと下落し、絶対数においても陪審トライアルは33%減少している<sup>216</sup>。

こうしたトライアル（事実審理）の縮小傾向は、司法業界全体が全般に伸びている中で驚くべきことである。第二次大戦後、規制する法律の数は増加し、法資料の数量は拡大の一途で、例えば公刊された連邦裁判例の毎年の増加量は、1962年の5782頁から、2002年の13490頁と、年3%の割合で増加している、という<sup>217</sup>。過去42年間にわたり民事訴訟において、何らかの解決に至った数は4倍になったが、事実審理に至る事例の数は、32%減少している。州法、判例および法規制は増加する一方、連邦最高裁の判例は減少しており、20年前の半分、20世紀初頭の25%以下になっているという<sup>218</sup>。また最高裁判決は合意形成によるものが、減少しているのが特徴として挙げられる<sup>219</sup>。過去1世紀にわたり取引が複雑化したため、学説は多様化し、決定的な判決は減少するという傾向がみられる、という<sup>220</sup>。法律家（lawyer）の数は1960年には38万人であったが、2000年には106万人を超えている<sup>221</sup>。これは過去40年の人口増加率2倍を超えており、1960年には627人に1人であったものが、2000年には264人に1人になっている<sup>222</sup>。また GDP における法律事務所（law firms）の割合は、1978年の0.4

212 *Id.* at 7-8.

213 *Id.* at 9.

214 Brian J. Ostrom, Shauna M. Strickland & Paula L. Hannaford-Agor, *Examining Trial Trends in the State Courts*, 1 J. of Empirical Legal Studies 755 (2004). ただし全州のデータではなく、22の州と D.C. Columbia のデータであり、全人口の58%をカバーしているという。

215 Galanter, *supra* note 211, at 9.

216 Ostrom, Strickland & Hannaford-Agor, *supra* note 214, at 768-769.

217 Clyde W. Crews, Jr., *Ten Thousand Commandments: An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State* (2005). この数字には、Federal Reporter および Federal Supplement を含む。

218 Edward Hartnett, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judge's Bill*, 100 Columbia L. Rev. 1643, 1646-1650 (2000).

219 Philip Allen Lacovara, *The Incredible Shrinking Court*, The American Lawyer 53 (Dec.2003).

220 Galanter, *supra* note 211, at 11.

221 Clara N. Carson, *The Lawyer Statistical Report: The U. S. Legal Profession in 2000*, at 1 (American Bar Foundation, 2005).

222 *Id.*

%から2002年の1.6%へ増加している<sup>223</sup>。

以上を踏まえ、Galanter教授は皮肉交じりに、次のようにまとめている<sup>224</sup>。

1970年代以降、特に法律関連ビジネスは拡大が継続する一方で、トライアルに至る事例の割合は減少している。ただしトライアルの減少傾向の事実はまだあまり公になることはなく、同教授がその傾向について指摘しても、判事や法律家だけでなく、学生や一般市民までもが驚きと不信の念であった。法関連ビジネスは、トライアルがその中心的存在であるため、そうした指摘を歓迎しなかったのであろう。本来トライアルの減少は歓迎されるべきことではないのか、との疑問を呈している。

これらを踏まえ、筆者の見解を述べていきたい。アメリカにおける「訴訟ビジネス」は興味深く驚くこと多数である<sup>225</sup>。これらデータから、当事者だけでなく、判事および弁護士にとっても、和解等による早期解決が効率的で合理的な方策、と解釈できるだろう。イギリスにおいてもアメリカと同様の傾向がみられ<sup>226</sup>、Lord Chief Justice<sup>227</sup>であるLord Woolfによる民事訴訟改革に関するレポートが作成され<sup>228</sup>、1995年に最終案が公表された。そこでは民事訴訟において将来目指すべき10項目にわたる新提言 (a new landscape) があり、これは商学的にも重要な要素が含まれているため、以下紹介しておきたい。

① 訴訟は可能な限り回避させるべき。

(Litigation to be avoided wherever possible.)

② 訴訟は敵対的でなく、協同的であること。

223 Marc Galanter, *Planet of the Aps [sic]: Reflections on the Scale of Law and its Users*, 54 Buffalo L. Rev. 1369, 1378 (2006). ただしこの数字は政府部門や企業内弁護士を含んでいないため、同教授によるとそれを含めると2%になるだろう、という。

224 Marc Galanter, *supra* note 211, at 12.

225 例えば、高山正之・立花珠里亜『「訴訟亡国」アメリカ』(文芸春秋、1995年)・同単行本の文庫版『弁護士が怖い!』(文春文庫、1999年)；ランディ・カッシングラム (Randy Cassingham)『訴えてやる! 大賞一本に当たった仰天裁判73』(ハヤカワ NF 文庫、2006年)には仰天する裁判が多数紹介されている。企業にとって過度な法規制は、活動を委縮させマイナス面が大きい。

226 Robert Dingwall & Emilie Cloatre, *Vanishing Trials? : An English Perspective*, 2006 J. of Dispute Resolution 51 (2006). ただし分析対象は1995年以降と比較的近いものであり、長期的な分析ではない。

227 当該役職は、イギリス司法部の最高位にあたる大法官 (Lord Chancellor) に次ぐ控訴院 (Court of Appeal) の長であり、首相の助言 (nomination) により国王が任命する、という司法における高い地位にある。これに関する詳細な説明を見つけることができなかったため、田中英夫『英米法総論 (下)』426-427頁 (東京大学出版会、1980年) と、ブリタニカ百科事典 online 版を参考に作成した。

228 Lord Harry Woolf, Department for Constitutional Affairs, Access to Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, July 1996, <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>

- (Litigation to be less adversarial and more cooperative.)
- ③ 訴訟は簡素化すること。  
(Litigation to be less complex.)
- ④ 訴訟の予定は短期に確実なものにすること。  
(The timescale of litigation to be shorter and more certain.)
- ⑤ 訴訟費用は許容範囲内で、予測が容易で内容に比例していること。  
(The cost of litigation to be more affordable, more predictable, and more proportionate.)
- ⑥ 訴訟当事者の金銭面の条件を公平にすること。  
(Parties of limited financial means to be able to conduct litigation on a more equal footing.)
- ⑦ 司法と管理部門との責任を明確に区別すること。  
(Clear lines of judicial and administrative responsibility.)
- ⑧ 裁判所の構造と訴訟手続は、当事者の需要に適合すること。  
(Court structure and judicial deployment of judges designed to meet the needs of litigation.)
- ⑨ 判事は新規則等を遵守し、効率的に進行させること。  
(Judges to be deployed effectively so they can manage litigation in accordance with the new rules and protocols.)
- ⑩ 訴訟当事者の要求に敏感であること。  
(Responsive to the needs of litigants.)

以上のイギリス民事訴訟の指針は、国際商取引においても大いに参考になり、国際民事訴訟手続においても同様に当てはまり、Hard Law の限界ともいえるであろう。

#### 3.4.6. 第4節の小括

本来、国際商取引の当事者は所属する国家を意識することなく活動している。また国内の場合との法制度における顕著な相違は、法体系の争いであり、これは実体法の問題ではなく、手続き法の問題になる。国際間の紛争における法的問題は、そのほとんどが手続であり、手続き問題が解決し、適用される実体法が定まった段階で和解して解決することが多い。これは商学的観点からすると、法手続き面でのコストは非効率的であり、実体法が統一されれば、当該事案の責任や過失の有無がほぼ推定でき、実際に審議を進める必要はなく早期に和解したほうが効率的、という判断が働くからであろう。そうした意味では実体法の国際的な統一法として CISG、また国際的な契約法におけるリステイトメン



トとして PICC の役割は、今後重要になってくるものと考えられる。従来の国際商取引はごく一部の当事者が専門的な領域業界で行われていたが、グローバル化により、極端に言えば、ネットに接続された PC があれば、取引が成立する。紛争発生時の法的手続き等はほとんど留意していないであろう。逆に言うと、商取引のグローバル化の実態に合致するよう、適切な法制度の整備が要望されているといえる。大げさに言うと、グローバル化により企業の活動が、ローカルからグローバルが主となりつつある。それに伴う法制度も、商取引の実態を主として、それに合わせた法制度を従とした制度構築を考える段階にあると思われる。つまり従来は国際商取引の紛争は、量的に少数で例外であったため、国際民事訴訟や仲裁法で、細かな手続きがあり、しかも各国で相違があるため、複雑に感じられる。そのため商取引業者は自ら学び対応する必要があったが、現状では立場が逆転し、商取引が主であり、その解決手段については、合理的で明確な制度が求められている、といえる。そのため仲裁規則の改訂は活発に行われ、常設仲裁機関は競争が激しくなり、顧客サービス向上のため、自ら改善しつつある。

国際商取引を規律するルールとして、法や国際条約という **Hard Law** とともに、商取引原則という **Soft Law** の充実も図られつつある。前者は、効率性やコストを考慮することなく、もっぱらその質を充実させ、後者は、今後さらに拡大する商取引の実態に沿うよう量的拡大の充実を図っていく必要がある。前者は国家がその責めを負い、後者は民間の業界団体等がその責めを負う。実務的には、ICC に代表されるような **Soft Law** の重責を担ってきた民間規則の貢献は、計り知れないほど大きい。**Soft Law** の最大の利点は、自律的な規則であることと考えている。民間規則であるから、利用されることが存在価値そのものであるから、取引実務の需要にこたえられるよう、常に修正が求められる緊張感が根本にある。そのため **Soft Law** に完成はなく、完成に向けて継続的な修正が永遠にあるのみである。国際商取引における効率的な紛争処理制度、およびその法規則の在り方についても、その探求は終わることなく考察を継続し続けていきたい。

## 第4章 商学的観点からの Soft Law

### 第1節 商取引紛争におけるグローバル訴訟制度

#### 4.1.1. はじめに

商取引のグローバル化により、その紛争も地球規模に拡大する傾向にあり、関係当事者が国内に限定されれば同一法体系により自己完結可能であるが、国際間の問題を国際民事訴訟制度<sup>1</sup>により解決する場合、当該紛争自体の実質的内容の審議以前に、そこに至る過程の法手続き面での困難の方がはるかに大きい<sup>2</sup>。国際商取引自体が特殊で少数であったため、訴訟制度における紛争解決は、個々の事例における具体的事実を勘案し法的に判断されたり、一方で法手続きを回避するため仲裁を中心とする ADR (Alternative Dispute Resolution ; 訴訟外紛争処理制度) が利用され、実際に各国・団体において仲裁法等の制度が体系的に整備されている<sup>3</sup>。現実の国際商取引においては、紛争処理条項として、訴訟ではなく仲裁合意の例が少なくない。一般に仲裁の訴訟に対する優位性や複数あり、専門家である仲裁人、一審制、柔軟な手続き、秘匿性、仲裁裁定の執行確実性などがある<sup>4</sup>。そのため国際商取引紛争においては、これらの優位性から仲裁が選好されてきたというのが通説である<sup>5</sup>。

その仲裁制度につき、近年一定の傾向がみられる。「商事仲裁の訴訟手続化」傾向である。仲裁裁定 (arbitral award) は各国の仲裁法や民事訴訟法において、裁判判決 (judge) と同一の効力が認められており、仲裁合意が存在し仲裁に付託された場合、一方当事者が提訴しても却下される<sup>6</sup>。しかし近年では、仲裁に関する手続きの不備を理由に提訴が受理される事例が増加しつつあり、そのため仲裁においても訴訟と同様に、厳格な手続き重視で進行される傾向にある。厳格な手続きにより論理整合性が高まる利点もあるが、同時に時間や費用面での訴訟に対する仲裁の優位性・利点が小さくなり、訴訟手続きとの差異や区別が曖昧になりつつある。

このような認識から、本節では紛争解決手段として国際民事訴訟制度に焦点を当て、国家間における国際商取引紛争の解決手段として、グローバルな紛争

1 「国際民事訴訟法」という用語は、1876年にコントウィッチにより初めて使用され始めたという (澤木敬郎・青山善充『国際民事訴訟法の理論』8頁 (有斐閣、1987年))。

2 小林秀之『国際取引紛争 (第3版)』第3章 (弘文堂、2003年)。

3 「仲裁法」平成15年8月1日法律第138号；UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, amendments in 2006; ICC Rule of Arbitration 2012など多数。

4 國生一彦『国際取引紛争に備える』264-266頁 (八千代出版、2006年)。

5 「国際ビジネス紛争を解決する方法としては古くから、訴訟に変えて仲裁が広く利用されている」中村達也『国際ビジネス紛争の解決』128頁 (大学教育出版、2008年)。

6 高桑昭・道垣内正人編『国際民事訴訟法 (財産法関係)』442-423, 449-451 (新。裁判実務体系3、青林書院、2002年)。

処理制度の構築について検討する。まずは現行の民事訴訟制度の利点と問題点について整理し、グローバルに展開するという観点から効率的な制度の再構築について考察する。次に国際商事仲裁における利点等について整理し、訴訟に対して優位とされる特徴について、実証調査研究等を確認しながら、再度検討する。そして商取引に関するグローバルな紛争処理制度の構築について検討していきたい。結論は簡潔には次の通り。

グローバルに統一した訴訟制度を各国の司法制度において構築することは容易ではなく、たとえ商取引分野において実現したとしても、その効率的な運営や維持管理は難しい。近年のグローバル化で顕著な知的財産権関連の紛争においては専門的な訴訟制度が必要であるように、インターネット取引や多国籍企業の活動に対する課税制度など、グローバル化による利害対立による紛争増大により、グローバル規模での紛争解決制度の構築が求められつつある。商取引分野では金銭的な解決になるため、従来から存在する国際商事仲裁制度の骨格<sup>7</sup>を利用し、その運用について整備していく方法が効率的である。国際商取引分野における実体法としては、契約一般原則に関しては国際条約である CISG を基本に、商取引原則のリステイトメントである PICC を基盤とし、取引で個別に利用している専門用語の解釈は、援用可能約款として体系的に運用することが大切である。特定の同一取引であれば、相手企業がどこの国であろうと、同一の実体法が適用され判断されることが合理的であり効率的である。そのためグローバル規模での紛争処理制度の構築は、商取引の法的リスクの軽減という観点から考察することが重要である。

#### 4.1.2. 訴訟制度の検討

##### (1) 各国に共通する問題

効率的な訴訟制度は、持続的な経済発展にとり不可欠な制度である、という<sup>8</sup>。現状として各国の司法制度は国により異なっており、その高質が維持されている国・州もあるが、概して問題となる共通する事項としては、司法の独立性の欠如<sup>9</sup>、腐敗<sup>10</sup>、長期化<sup>11</sup>、厳格な形式主義<sup>12</sup> などがある。特に旧共産諸国と開発途上国にこうした問題が多く、そのため国際間における商取引当事者

7 高桑昭『国際取引における私法統一と国際私法』54-81頁（有斐閣、2005年）。

8 Jens Dammann & Henry Hansmann, *Globalizing Commercial Litigation*, 94 Cornell L. Rev. 1, 3 (Nov. 2008).

9 例えば、中国における判事の訓練不足、腐敗、行政と司法の一体性による司法の独立性の欠如等の指摘がある（Kenneth W. Dam, *China as a Test Case: In the Rule of Law Essentials for Economic Growth*, in Univ. of Chicago L. School., John M. Olin Law & Econ. Working Paper No.275, at 18, 23 (2006), Social Science Research Network, <http://ssrn.com/abstract=880125>

の70%が問題のある法廷地を回避する、という<sup>13</sup>。その際の判断基準は三点あるという<sup>14</sup>。

- ① 汚職の程度 (degree of corruption)
- ② 紛争解決の迅速性 (speed of dispute resolution)
- ③ 裁判所および判事の質 (quality of courts and judges)

不公正な司法制度は、訴訟当事者の個人的損失というレベルの問題ではなく、社会全体の効率性・厚生を大きく損なうものである<sup>15</sup>。また近年の司法と経済の関係に関する実証調査研究では、司法制度の質と、経済発展の程度との相関関係が導かれ、機能的な司法制度 (functioning judiciary) は強い経済成長に寄与する重要な要因であり<sup>16</sup>、また事実上司法の独立が一人当たり GDP の成長に大きくプラスに作用している、という<sup>17</sup>。以上から導かれる結論は、健全な司法制度の構築は、商取引発展の社会基盤として重要かつ不可欠な役割を果たしている、ということであろう。

## (2) 当事国以外の地域における訴訟 (extraterritorial litigation)

商取引の当事者が、取引が行われる国以外の法廷地において訴訟制度を利用する際、大きく二つ問題がある<sup>18</sup>。第一に、管轄に関する裁判所の法解釈と判断<sup>19</sup>。第二に、物理的距離、言語、商慣習の相違、法的助言の利便性等の現実的問題。まずこれら問題の解決・軽減が、効率的な訴訟制度構築に寄与するか

10 例えば、ロシアの司法では汚職による不公正な判断が多く重大な障壁である、という。 (Ethan S. Burger, *Corruption in the Russian Arbitrazh Courts: Will There Be Significant Progress in the Near Term?* 38 International Law 15, 22 (2004)).

11 例えば、インドの法廷では過度に時間がかかり遅い、という。 Bryan Bertram, *Note, Building Fortress India: Should a Federal Law be Created to Address Piracy Concerns in the United States-Indian Business Process Outsourcing Relationship?* 29 B.C. Int'l & Comparative L. Rev. 245, 258 (2006).

12 例えば、メキシコでは、過度に形式主義である、という。 Robert Kossick, *The Rule of Law and Development in Mexico*, 21 Arizona J. of Int'l & Comparative L. 715-717 (2004).

13 Stefan Vogenauer, *Civil Justice Systems in Europe: Implication for Choice of Forum and Choice of Contract Law* 29 (2008).

14 *Id.* at 31.

15 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 9.

16 マクロレベルの実証調査研究では、主権国家による契約取引の保護が商取引を誘発する、という結論を導いている。 Daron Acemoglu & Simon Johnson, *Unfundling Institutions*, 113 J. Political Economy 949, 988-989 (2005). また特定の契約分野では、大きく貢献しているという。 Michael Trebilcock & Jing Leng, *The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development*, 92 Va. L. Rev. 1517, 1524-1580 (2006).

17 Lars P. Feld & Stefan Voigt, *Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators* 23, (CES info Working Paper Series No.906, 2003), <http://ssrn.com/abstract=395403>.

18 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 10.

19 高桑昭・道垣内正人編、前掲注 6、40-51頁。



否か、費用対効果の程度について検討する必要がある。その前提として商取引当事者の判断基準は、訴訟当事者が効率的な法廷地を選択できるか否か、さらに契約環境の改善について検討する必要がある<sup>20</sup>。

これらの前提を確保、整備するためには、一般的な効果と同様、提供する私法サービスに競争原理を導入することにより、各国に共通する司法制度の問題解決を促進する可能性が高まる<sup>21</sup>。特に時間や時機が成否の重要な要因である商取引では、迅速性、承認執行に関する信頼性、専門性という質の向上が重要である。商取引のグローバル化による量的拡大に付随し、関連する問題の多様化複雑化から、より一層高度な専門性が求められている。ただし専門性の涵養は重層的な経験や蓄積が必要とされるため、成否の見極めには、十年単位の時間がかかるであろう。

次に法廷地選定に関する傾向についてみていきたい。2002年に実施されたアメリカの準拠法と法廷地選定に関する2882件の実態調査研究<sup>22</sup>によると、準拠法についてはNY州が46%、会社法で有名なDelaware州が15%となり、法廷地については、契約の39%が明記しているのみで、その内NY州が41%をしめ、準拠法および法廷地の両方の点で、商取引における訴訟においてNY州が選好されている。これは人材や情報が蓄積され、専門性が高く、世界から多国籍企業が参集している大都会が有利であり、交通や各種サービスの利便性も含め、他より優れていることの結果であろう。

### (3) 訴訟手続きに関する問題

国際間における民事訴訟の手続き問題は膨大で詳細は省略<sup>23</sup>、個々では商取引の実務的観点から論じる。法廷地選択は一国の主権と関係するため、国家主権（sovereignty）や国内政策の観点から検討する必要がある。これについて国際的な法廷地選択は幻想である、という主張や<sup>24</sup>、法廷地選択合意を認める

20 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 10-11.

21 競争は最終的に利益になる、という。Roberta Romano, *Competition for Corporate Charters and the Lesson of Takeover Statutes*, 61 Fordham L. Rev. 843, 847 (1992). 司法制度においては、外国の機能・効率の制度と比較検討する重要な契機となり、商取引という具体的な利害関係者によりサービスの質が判断されるため、国内司法制度も客観的に利点・欠点を把握でき、私法サービスの質的向上に大きく貢献する、という（Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 22）。

22 Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts* 20-21 (N. Y. U. Center for Law & Econ., Law & Economy Research Paper Series Working Paper No.08-13, 2008), [http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract\\_id=114808](http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=114808)

23 主たる事項として、国際裁判管轄、国際訴訟競合、当事者、送達、証拠調べ、執行、保全、倒産等がある（高桑昭・道垣内正人編、前掲注6、I章）。

24 Linda S. Mulleni., *Another Choice of Forum, Another Choice of Law: Consensual Adjudicatory Procedure in Federal Court*, 57 Fordham L. Rev. 291, 303 (1988).

立法化は、国家主権を暗に侵害することになる、という主張がある<sup>25</sup>。また法廷地での弁護士を選任においても、外国弁護士の活動や資格等は、当該国の国内法や条約で規定され制限を受け、またそうした問題をクリアしても国際的な民事訴訟に経験を持つ、対応可能な弁護士は限られていることが多い。また各国の法制度の相違による事務手続き、付随する費用が必要となる<sup>26</sup>。さらに手続き面において、証人の出廷を依頼する場合、主権が及ばない地域に召喚状を出す権限や、守秘義務に強制力を付与する権限は、一般に手続き的制限を受ける<sup>27</sup>。

実務的な問題について、国際間の手続き問題を政治外交の手段により解決・軽減したい場合においても、種々の問題が残存する。まずは地理的に遠距離な点。ただしこれは商取引をグローバルに展開する源泉でもあり、また国際商事仲裁でも同様の問題であるため、特に大きな問題というほどではない。またこの点に関する技術面に限定すれば、テレビ会議等が実現されている現状からすると、遠距離問題の超越は、IT技術とそのネットワークの技術的發展により、費用面に集約できる。通信コストもほぼゼロコストに近いため、技術的および商学的に可能となったとしても、当事者認証や法手続き面での問題が残されることになる。また言語の問題も大きい。これも遠距離同様、仲裁も同様の問題があり、グローバルに展開する場合の付随する要因である。仲裁であれば当事者間の合意があれば、仲裁廷の所在国の公式言語にかかわらず定めることができる<sup>28</sup>。一方訴訟では、通常その法廷地の公式言語で行われるため、商事仲裁の方が当事者にとって利便性が高い。ただし法律用語の概念の相違により誤解が生ずる可能性は高い。

元来は国内法である法手続き制度自体を、グローバル商取引における効率的

---

25 William W. Park, *Illusion and Reality in International Forum Selection*, 30 Texas Int'l L. J. 135, 200. (1995).

26 例えば、弁護士の成功報酬制度 (contingency fee) はアメリカでは一般的であるが、欧州やわが国では基本的に容認されない傾向にある。ただし国・地域よりその許容度は様々で、例えばドイツでは伝統的に容認されておらず、フランスでは勝訴の際には若干の報酬上乘せ程度は容認、イギリスでは勝訴の際には当初報酬の2倍は容認などの傾向がある、という。(Jens. C. Dammann, *Freedom of Choice in European Corporate Law*, 29 Yale J. of Int'l L. 477, 501 (2004)).

27 民事または商事に関する外国における証拠の収集に関するヘーグ条約 (the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters) 第1章 (司法共助の属託); Rhonda Wasserman, *Subpoena Power: Pennoyer's Last Vestige*, 74 Minn. L. Rev. 37, 39 (1989). 欧州では、EU加盟国であれば、当該証人の所在国に立証の依頼を認める例がある (The European Union, Regulation 1206/2001 art. 14).

28 仲裁法第30条; 近藤昌昭他著『仲裁法コメンタール』158-161頁 (商事法務、2003年); UNCITRAL Model Law on International Commercial Contracts art. 22.

紛争処理の観点から統一を目標にする場合、特に先進諸国の司法制度は伝統文化の歴史的な重層の実態を表しているため、本体までの改革はグローバル化が高度に進展した現代においても多大な困難が伴う<sup>29</sup>。そのためグローバルな訴訟制度を導入・構築するためには、解決すべき問題の根幹が深く、高度に綿密かつ中長期的な視野で策定する必要がある。ただし仮にそうした技術的および法運用面での諸問題を、膨大な労力と費用をかけて実現し制度として完成し定着した際、その達成される便益はどの程度のものであり、最終的な費用対効果が大きいのか否かの判断は、今後グローバルな商取引紛争がどの程度実際に生ずるか、現行の国際民事訴訟制度や商事仲裁制度の対応、運営費用の低減程度という複数の不確定要因を推定して判断する必要がある。各不確定要因が、ある程度予測できる範囲に限定されれば、その全体像の成否半々の精度は高まるが、現時点ではまだ時間がかかるであろう。そのため、国際商取引に限定した訴訟制度の構築、という可能性がある。次に、国際商事仲裁の利点を再度検討し、そこから導かれた利点欠点を元に、統合した制度構築の可能性を探っていきたい。

#### 4.1.3. 商事仲裁と ADR

商学的観点からの判断基準は、中長期的な費用対効果の極大化であるため、紛争処理においても同様に、各国の各種制度を比較検討し、最も効率的合理的的制度を利用することになる。選択される側である各国の各種制度は、効率的な紛争処理サービスの提供に自発的に取り組む Incentive が存在する。国際民事訴訟では多くの解決すべき問題があるため<sup>30</sup>、現存する制度を詳細に比較検討することにより、その手段を選択することとなる。

民商事紛争の解決制度の代表的なものとして現在では訴訟があるが、歴史的には調停制度の方がはるかに古くから存在し<sup>31</sup>、古代ギリシャ紀元前 8 世紀頃には私的仲裁があり<sup>32</sup>、アテネでは紀元前 403 年に商事紛争の仲裁制度の記録がある<sup>33</sup>。第二次大戦後は、ブレトンウッズ体制の全面的な自由貿易制度の支持により世界的貿易量が飛躍的に増大した。それにより経済的豊かさの享受と

29 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 22.

30 安達栄司「国際民事訴訟」須網隆夫・道垣内正人編『国際ビジネスと法』Section 8 (ビジネス法務体系Ⅳ、日本評論社、2009年)。

31 Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business* 274 (Kluwer, 1996).

32 岩崎一生「国際取引と訴訟外紛争処理制度—米国における ADR の動向とその影響 [上]」国際商事法務 第14巻10号748頁 (1986年10月)。

33 William F. Fox, Jr., *International Commercial Agreements* 243 (2d ed. Kluwer, 1992). 仲裁制度の歴史については、森井清『国際商事仲裁』15-22頁 (東洋経済新報社、1970年) 参照。



ともに、自由民権意識が拡大し、特にアメリカでは国内の民事訴訟の爆発的增加により、従来の1938年連邦民事訴訟規則にある「対決型トライアル (adversarial trial)」では紛争の量的対応が不可能になり、訴訟に代替する制度としての「代替的紛争処理制度 (Alternative Dispute Resolution)」が1976年パウンド会議以後、急速に普及した<sup>34</sup>。その後世界的に、訴訟に代替する制度として、ADR という文言が拡大し、現在では商取引に限定せず、訴訟に代替する制度として普及している。これらの経緯から、ADR は国際商事紛争ではなく、アメリカ国内の民事紛争処理制度、特に個人の権利を主張する制度として発展してきたものであり、並行して戦後の自由貿易体制による国際間の商取引が増加してきたため、包括した ADR 制度が現存している、との理解が正しいであろう。そのため1970年代の民事紛争の爆発的增加により、体系的な訴訟外紛争処理制度として ADR 制度が整備され、その後1990年代後半の商取引のグローバル化の急展開により、従来型 ADR の制度が利用されたが、むしろ商事仲裁制度としては、手続き的な厳格性が欠如していたため、逆に期待する程度の機能を達成することが困難な事例が増え、近年の仲裁における「国際商事仲裁における訴訟手続化」現象が進行しつつある、といえるであろう。こうした潮流を確認しつつ以下、具体的な商事仲裁制度の特徴について再検討していきたい。

#### 4.1.4. 商事仲裁制度の各要因

国際商事仲裁制度は、訴訟と同等以上の強制力が担保されているため、商取引紛争の解決制度として古くから利用されており、実証調査研究等においても高い割合で、国際商事仲裁制度の利用実態がみられる<sup>35</sup>。その特徴として五つあり、第一に、商事仲裁裁定の国際的効力が、条約により担保されていること。

34 詳細については、拙著『国際商取引における契約不履行 英米物品売買契約をめぐる商学的考察』第7章153-186頁（同文館出版、2006年）参照。

35 例えば、ほとんどの (most) 国際契約には仲裁条項が存在し、特定分野の大規模な国際商取引契約においては、約90%に仲裁条項がある、という (Andreas F. Lowenfeld, *Can Arbitration Coexist with Judicial Review? A Critique of La Pine v. Kyocera*, ADR Currents, Sept. 1998, at 1 & 15 n. 28)。同様の論文に、Andrew T. Guzman, *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, 49 Duke L. J. 1279 (2000) がある。また一方で反対に、国際契約の20%程度しか仲裁条項を含んでいない、とする実証調査研究もある (Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller & Emily Sherwin, *Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Non-consumer Contracts*, 41 Michigan J. L. Reform 871, 881 (2008))。後者の研究は、消費者と企業の契約書も含まれているため、仲裁の割合が低いと解釈できる。通常、商事仲裁は、両当事者が企業であることを前提に、仲裁合意に基づいて行われるため、対消費者取引の場合、仲裁合意の存在自体が紛争の対象になることが多いため、当初から訴訟を選択している契約書が多い、という実情がある。それゆえ企業間取引においては、商事仲裁手続きが高い割合で普及していると解釈できるだろう。



第二に、中立性が確保しやすいこと。第三に、手続きが柔軟であること。第四に、一審制の制度。第五に、審議の非公開、などが挙げられる<sup>36</sup>。これらの点について、国際民事訴訟よりも、国際商事仲裁の方が、本当に効率的合理性があるのか再検討していきたい。

第一の根拠として、仲裁合意の効力、および外国仲裁判断の承認・執行の要件を定めている「1958年ニューヨーク条約」<sup>37</sup>の締約国は2015年9月1日現在すべての先進国を含み156か国あるため、実質的な効力はかなり高い<sup>38</sup>。一方訴訟の場合、一国の裁判所の判決について、主権外の外国でその承認・執行を担保する世界的な条約はなく、執行を求める各主権国家の民事訴訟法の規定に従うこととなる。ただし管轄については、1995年6月に開催された、ハーグ国際私法会議第20回期において、「管轄合意に関する条約 (Convention on Choice of Court Agreements)」<sup>39</sup>が採択されている。ただし商学的見地からの条約の意義は、数量的な拡大が必要条件であり、商学的な有用水準は、条約の質的レベルと同様またはそれ以上に条約が発効し、さらに採択国が国際商取引の大多数を占め、現実的な費用対効果がプラスになることが不可欠である。そのプラスが大きいほどその重要性は高まる。そうした観点からすると、同条約の商学的有用性は低い。有意義な段階まで同条約が、質量ともに一定水準を満たすことは、これまでのプロセスからするとかなり困難という印象であるが、今後は条約内容自体、および締約国の拡大の両面において期待される。ただ現実的に拡大し普及するまで至ることは難しいと考える。そのため国際商事仲裁の優位性は継続されるであろう。

次いで第二および第三の点については、訴訟では特定国の法廷地の判事が審議するため、自国企業有利という懸念を払拭し難いが、一方仲裁では両当事者の合意により仲裁人が選任されるため、第三国人を選任することにより中立性が期待できる。また柔軟な手続きは当事者の言語や証拠承認手続きも当事者の意向を確認しながら柔軟に進めることができ、効率的である。しかしこれらの

36 中村達也、前掲注5、第4章。

37 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約、昭和36年条約第10号) 条文内容や関連する判例等も含め詳細は、UNCITRAL website 参照。

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)

38 中村達也、前掲注5、129-130頁。他にも同様の条約は複数あるが、この条約が手続き面での要件がそれほど厳格ではなく、締約国数も最大であるため、質量ともに最も有効な条約とされている。

39 詳細は、道垣内正人編『ハーグ国際裁判管轄条約』(商事法務、2009年)参照。これは同条約に収束したが、そのプロセスは国際商取引に関する規則策定において、今後の貴重な教訓であると考え。当該プロセスは、国際商取引における Hard Law としての CISG、Soft Law としての PICC を想起する。

点につき、仲裁人は時間単位の報酬を得て活動するため、短期間に妥協的な内容でまとめ、事案の数をこなす、という行動も予想できる。また当該事案だけではなく、将来にわたる商事仲裁事案における選任されることを考慮すると、仲裁人の立場としては、当事者の対立的な仲裁裁定は好ましくなく、両当事者が仲裁人に悪い印象を持たないよう、手続き的厳格性を堅持するのではなく、むしろ実質的に妥協できる限度でまとめようとする性質がある、という<sup>40</sup>。そのため論理整合性が高い当事者にとって、訴訟であれば勝つ可能性が極めて高い場合であっても、仲裁であれば過度に妥協的内容になる可能性があり<sup>41</sup>、それゆえ訴訟よりも仲裁の方が結果について予想し難い面がある、という<sup>42</sup>。仲裁も各機関の仲裁規則に基づいて進められるため、柔軟性についても限度があるが、一方で仲裁に法手続が欠如していることが最大の欠点である、という意見もある<sup>43</sup>。手続きの柔軟性の程度が利点であり、また欠点にも十分になりうるものであり、究極的にはどの程度の柔軟性が個々の事例において最適であるか、という個別判断になってしまう。その運営主体を、主権国家の訴訟制度か、商事仲裁制度か、という選択になる。

第四の一審制について、控訴や上告という制度がないため短期間で解決でき、紛争解決費用の軽減になるという見解についても、上記のように手続きの柔軟性が仲裁裁定という結果の予見を困難にするため、結局は高コスト構造になっている、という指摘もある<sup>44</sup>。仲裁当事者としての経験を持つ当事者への実証調査研究によると、「仲裁が訴訟より安価である」と考える割合は41%、逆に「仲裁は訴訟よりも安価ではない」は43%もあることから<sup>45</sup>、仲裁が訴訟よりも安価であるとは一概に言えず、個々の取引事例によるということであろう。

また審理の迅速性については、「訴訟より迅速」と考える当事者は67%であり、逆に「迅速ではない」が21%あり<sup>46</sup>、これについては仲裁への高い評価が

40 John V. O'Hara, *Comment, The New Jersey Alternative Procedure for Dispute Resolution Act: Vanguard of a "Better Way?"* 136 U. Pa. L. Rev. 1723, 1743 (1988). また仲裁人は白黒を明確につけたがらない傾向があるという。G. Richard Shell, *Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration*, 35 UCLA L. Rev. 623, 633 (April 1988).

41 O'Hara, *supra* note 40, at 1743. また一方当事者に受け入れがたい内容の仲裁裁定はできない、という。Henry S. Farber & Max H. Bazerman, *The General Basis of Arbitrator Behavior: An Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration*, 54 *Econometrica* 819, 822 (1986).

42 Christian Bühring-Uhle, *supra* note 31, at 108; Michael A. Scordro, *Note, Arbitrating Novel Legal Questions: A Recommendation for Reform*, 105 Yale L. J. 1927, 1948 (1996).

43 Linda Silberman, *International Arbitration: Comments from a Critic*, 13 *Am. Rev. Int'l Arb.* 9, 10-11 (2002).

44 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 35.

45 Christian Bühring-Uhle, *supra* note 31, at 109 fig.9.

46 *Id.* at 110 fig.5.

うかがわれる。また複雑な商取引に関する仲裁では、訴訟と同様の形式的審議が重視されるため、近年の「仲裁の訴訟手続化 (judicialized arbitration)」<sup>47)</sup> の傾向が強まり、仲裁が訴訟手続化を推進すればするほど、運営費用は増加する、という<sup>48)</sup>。こうした傾向を逆手に取り、専門分野に精通した国際商取引部門を扱う部署を裁判所に設置する、という提案もある<sup>49)</sup>。ただし法制度上や費用対効果をどの程度見込めるのか未知数であり、また政治的側面も大きくなるので、慎重な判断が必要で、しばらく時間が必要であろう。

第五の審議過程の非公開について、訴訟であれば一般公開の法廷において具体的な取引内容の説明により、契約内容が公開されることになるため、例えば機密事項に該当しない内容であっても、特定の取引内容等の情報は、大きなマイナスであろう。企業にとって取引内容の詳細が、競合する同業他社に知られる利点は全くなく、ましてや企業秘密に属する項目であれば、そうしたリスクがない仲裁を希望する<sup>50)</sup>。またこれは関係当事者全員にとって利害関係が一致するため、仲裁付託の合意についても問題にならないだろう。唯一公開法廷で審議する利点としては、見せしめ的な宣伝効果が考えられる。例えば、いわゆるコピー商品を大々的に売買されている商標権侵害の事案等であれば、公開にすることで抑止力や、同様の行為を行っている他者に対して交渉を有利に進める根拠として利用する、ということが考えられる。ただしこうした問題は、当該国家の国内法で商標権侵害が明確に定められ、それを先進国並みに適用運用する能力と意識が、行政や司法機関にないと難しく、また侵害行為をしている企業もそうした意識と相応の財産がなければ、無意味になり、関与すること自体、徒労に終わる可能性が高い。企業活動の観点から公開の法廷で争う利点はなく、特に高度技術に関するもの、特許等の知的財産権に関するものも含め、非公開の点では仲裁の方が利点ははるかに大きいといえる。

以上から、仲裁の訴訟に対する優位性において明白な点は、仲裁裁定の承認執行の担保性と、秘匿性の二点がある。その他では、迅速性、手続きの柔軟性、仲裁人の専門性・中立性、が評価でき、費用の低減化は状況次第といえることができる。

47 Edward Brunet, *Replacing Folklore Arbitration with a Contract Model of Arbitration*, 74 Tu. L. Rev. 39, 52-61 (1999).

48 Alec Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, 13 J. European Public Policy 617, 642 (2006).

49 Mitchell L. Bach & Lee Applebaum, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*, 60 Business Lawyer 147, 152-202 (2004).

50 Gregg A. Paradise, *Note, Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform*, 64 Fordham L. Rev. 247, 248 (1995).

#### 4.1.5. 民事訴訟制度の問題（超国家的な訴訟制度）

訴訟制度における改善を要する具体点としては、次のことが挙げられる<sup>51</sup>。

第一に、両当事者による取引地域外（extraterritorial）の法廷地選択についての合意（当事者による合意管轄）は、選定された法廷および、選定されなかった法廷の両者において尊重されるような制度を整備する必要がある。第二に、当該法廷地での判決が外国においても確実に執行されることを担保する制度の存在である<sup>52</sup>。特にこの点については、商取引紛争の根幹であり、仲裁のニューヨーク条約と比較して圧倒的に劣勢にある点は否めない。ハーグ管轄合意条項の採択プロセスに見られるように、実現に向けての多大な努力は評価されるべきことではあるが<sup>53</sup>、法廷地での判決は、商取引履行地（財産所在地）においても迅速に執行されるような、条約形態の主権国家レベルの協力体制を整備する必要がある。例えばハーグ国際管轄権条約（2005年管轄権条約）の充実・拡大により、軽減・解消される可能性が若干ある。第三に、外国の訴訟において、当事者が物理的に法廷地へ出かける負担を軽減すること。現時点では代理人を含む当事者は、物理的に出廷する必要がある。近年では情報技術の発展やそのネットワーク網の拡大で、テレビ電話やネット会議が実現しているため、そうした手段の採択につき、既にアメリカを含めいくつかの国が検討し始めている。ただ法手続きとしての導入は、技術面をクリアするだけでなく、法廷での機器整備と運用、法手続き上の規定などの問題はあるが、近未来には導入可能であろう。第四に、法廷地国での弁論には本国以外の訴訟と比較して、別途費用が結構かかるため、ICTの技術を早期にかつ積極的に導入し、また弁護士や紛争解決制度の統一化などコスト低減の積極的な努力により、費用対効果が高くなる制度構築を図る必要がある。

各国の訴訟制度は国際制度として個々の歴史や伝統の集積により形成されており、また国内限定であるため競争環境になく、それゆえ改革の契機もないまま現状維持ということが少なくない。一方近年のように商取引のグローバル化が進行すると、商取引の競争が激しくなるにつれて、各国の司法制度もグローバルな競争に適合するような制度の再構築が求められつつある。司法制度も、特に民事ではその本質は、「司法サービスの提供」であり、グローバル競争下

51 Dammann & Hansmann, *supra* note 8, at 54.

52 *Id.* at 39.

53 同条約を簡潔に説明している文献として、Andrea Schulz, *The 2005 Hague Convention of Choice of Court Clauses*, 12 ILSA J. Int'l & Comp. L. 433 (2006) 等がある。国際商取引で参考になる、アメリカ国内法と同条約の位置づけについての論考は、Stephen B. Burbank, *Federalism and Private International Law: Implementing the Hague Choice of Court Convention in the United States*, 2 J. of Private Int'l L. 287 (2006) 参照。



においては費用対効果を最大化するよう動機づけられている。商取引のグローバル化により、あらゆる分野での自由競争促進の動機付けが与えられている、ともいえる。

「仲裁の訴訟手続化」現象を筆者なりに分析すると、商取引紛争を解決する際、従来からの慣習である仲裁条項により、企業間の商事仲裁手続きに付託するが、グローバル化の進展により高度かつ複雑な取引内容が増加し、そうした複雑性を理論的に解きほぐす制度として、従来の柔軟性を利点とする商事仲裁制度では若干荒く非論理的な面がみられ、また客観的にも十分に当事者の要求に答えられていない状況になりつつある、という背景がある。それゆえ近年では仲裁においても厳格な手続きを導入し始めることで、客観性や手続きの透明性を高めることにより、対応しようとしている。つまり商取引紛争では客観性が求められ、その手段として手続きの訴訟化として表れていると考える。

#### 4.1.6. 第1節の小括

本節では商取引のグローバル化の進展において、効率的な紛争解決制度の構築について検討した。導かれる結論は次の通り。

第一に、国際的な商取引紛争を処理する代表的な制度として、国際商事仲裁と国際民事訴訟があり、その勢力図が変化しつつある。企業間取引である国際商取引は従来、相対的に少数であったため商事仲裁により処理されることが一般的であり、現実には契約書裏面において仲裁条項が存在し、商事仲裁により解決される事例が大半であった。しかし近年の商取引の高度化・複雑化の傾向から、従来通りの商事仲裁では、手続き面での不備など十分に対応できない事例が増え、手続き面での厳格化により客観性を高めようとする傾向がみられる。

第二に、国際商事仲裁は、国際民事訴訟と比較し一般に、その判断の執行、手続きの柔軟性、一審による迅速性、秘匿性、費用の低廉性などの点で優位にあるとされていたが、グローバル化による量的拡大のため、その質的専門性が厳しく問われるようになり、妥協的な商事仲裁では、客観的な説明が難しくなりつつあり、事例によっては限界になりつつある。そうした事例では法手続きに準拠した、論理整合性の高い手続きが求められ、その結果一部では「商事仲裁の訴訟手続化」が現実として増加傾向にある。

第三に、こうした「商事仲裁の訴訟手続化」現象は、仲裁と訴訟の根本的な存在意義について再考を促す契機となり、国際民事訴訟制度との比較研究を動機づける。従来は仲裁における「手続きの柔軟性」は肯定的な評価であったが、近年ではそれが否定的な面も現れ、仲裁裁定の執行停止を求めて提訴する事例も増えている。これはある意味、仲裁の利点でもある。手続きの厳格性が要求

されれば、それに応ずるという柔軟性を持っており、商事仲裁の最大の利点は、自浄作用が組み込まれていることにある。当事者の希望や時代に応じられなくなれば、その修正が自律的に機能する点にある。こうした点に仲裁の訴訟に対する根本的な優位性があると考えている。

第四に、民事訴訟では「厳格な手続き」、商事仲裁では「仲裁裁定の承認執行の担保性」と「秘匿性」にそれぞれ明確な大きい利点があった。既存の商事仲裁制度に軸足を置きながら、手続きの厳格性や客観性、さらに事例集等を今後も出版し、仲裁においても客観性と透明性について配慮しながら微調整する制度構築を目指すことが賢明であると考ええる。

## 第2節 商学的規範

### 4.2.1. はじめに

本節では、国際商取引における重要な法規則および商原理となる国際商慣習法、具体的には *Lex Mercatoria* といわれる商慣習法の時代から、現代にいたる法原則である CISG<sup>54</sup>、および商原理である PICC<sup>55</sup> を中心に、商学的規範について考察し、その重要性について論じるものである。商取引の行動原理は、国内でも国際でも基本的には同一であるが、重大かつ顕著に異なる点は、Risk/Return の大きさであろう。後者の方が、多くの不確定要因が関係し、それゆえリスクも大きく、それゆえ利益も大きい。不確定要因としては大きく三つあり<sup>56</sup>、第一に、文化的・言語的リスク。第二に、商取引の金額が大きく、また取引期間が長期に及ぶことが多いため、当事者間の関係的要因 (relational factor)<sup>57</sup> が大きいこと。第三に、準拠法選択の問題が付随すること。商取引の原則として、Risk/Return は比例するため、リスクが高ければ、それだけ利益も大きい。そのため国際商取引の成功の鍵は単純で、「売上・利益の拡大」とともに、「効率的なリスク管理」の両方が重要である。本節の結論は簡潔には次の通り。

リスク管理に関する制度として法学的規範（条約や各種法律）が重要な役割を果たしているが、国際商取引においてはそれだけではなく、商学的規範も同様に大きな役割を果たしている。実際に *Lex Mercatoria* の起源から現在の

54 CISG 各条文の起草過程の詳細については、John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for the International Sales* (Kluwer Law and Taxation Pub. 1989)、体系的な解説書は、曾野和明・山手正史『国際売買法』(解説編・資料編、青林書院、1993年) 参照。

55 私法国際統一協会 (UNIDROIT) 理事会が1971年に作成を計画し、1994年に初版、2004年版、最新版は2010年版である。国際商取引における契約原則について、体系的に再記述したもの (restatement) である。1994年版の起草過程の詳細については、Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 17-24 (Transnational Juris Pub. 1994) 参照。概略については、「特集・ユニドロワ原則：国際契約法への新たな展望」ジュリスト 第1131号65-92頁 (1998年4月1日号) 参照。最新情報は UNIDROIT <http://unidroit.org>, UNILEX <http://www.unilex.info/> 参照。

56 Ugo Draetta, Ralph B Lake & Ved P. Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts -An Introduction to Lex Mercatoria-*, at 3 (Butterworth Legal Pub. 1992)。この他にも分類方法はいくつかある。

57 商取引における「関係的契約」概念は MacNeil 教授が提唱しはじめ、賛否はじめ多数の議論がある。Ian R. MacNeil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 845 (1978)。この概念は、古典的な契約法理論とは全く異なる発想であり、現代の商取引における契約法を構築するヒントがある重要なものである、という (内田貴『契約の再生』145頁 (弘文堂、1990年))。筆者の理解では簡潔には、従来の契約法は、瞬間的な1回限りの取引 (契約) を想定したものに對し、関係的契約とは、一定期間にわたる当事者の継続的關係において取引を行う (契約を締結する) という発想である。

CISG や PICC までの歴史的経緯やその意義について考察していると、法学的規範を骨格としつつ、現実的な手段としては商学的規範の方が身近に感じ、より大きな役割を果たしているように感じられる。過去の歴史的推移を辿てみると、国際商取引を規律する手段として、法や条約を基本としつつ、変化の激しい現実を補っていくものとして、商学的規範が存在しているように感じる。現在、国際商取引における規範として、法学的規範である CISG、および商学的規範である PICC の両輪により支えられており、その相互補完の関係を強化することが大切である。そのためにも商学的規範の重要性について論理的に明確にしていきたい。

#### 4.2.2. 商学的規範の起源

##### (1) *Lex Mercatoria*<sup>58</sup> の起源と変遷

商慣習は紀元前 3 世紀のキケロ (Cicero, BC 106-43) の時代に、地中海を中心とするロドス法 (*Lex Rhodia*) 以来、発展してきたとされる<sup>59</sup>。古代の商慣習は、「衡平と良心に従って (*ex aequo et bono*)」に基づき、商取引を取り巻く状況の変化に順応するよう、厳格な法制度を超越した原則が確立されていた、とされる<sup>60</sup>。その後本格的に商慣習が確立し始めたのは、中世ヨーロッパの時代である。11世紀から12世紀には、商業復興 (Commercial Renaissance) といわれるほど商業活動が活発になり、付随してそれを律する法制度も発展した<sup>61</sup>。当初イタリアの諸都市で行われていたことが、フランス、スペイン、イギリス等へ拡大し、当該商人の慣習がそのまま持ち込まれるという形で、特定地域の慣習 (local custom) が諸都市へと普及した。この時代の特徴としては、第一に、商慣習が国内、海外ともにほぼ同一のものであったこと、第二に、国際間の慣習というのではなく、商人間の慣習という性格が強かったこと、第三に、紛争解決の判断は商人自身が行っていたこと、第四に、手続きは迅速かつ非公式に行われていたこと、第五に、契約自由の原則に基づいていたこと、が挙げられる<sup>62</sup>。このように元来、特定の市場や港で実施される取引に、参加す

58 一般的には「商慣習法」と訳す (柴田光蔵『法律ラテン語辞典』205頁 (日本評論社、1985年))。英語では、“merchant law” (商人法) であるが、現在のものと区別するため、ラテン語表記が使用されていることが多い。

59 Leon Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* 8 (1983). *Lex Mercatoria* に関する詳しい日本語文献として、上坂西三『貿易慣習』第1編 (東洋経済新報社、1959年) 参照。

60 *Id.* at 12. また紛争時の判決決定の迅速性も重視されていた、という。

61 Gesa Baron, Bonn Edinburgh, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts from a new lex mercatoria?* I, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

62 *Id.* at II.1 & 2.



る特権階級的な立場にある商人間の自己完結的で、自治的な規則として、地域や国内の法と区別することから、*Lex Mercatoria*（商慣習法）が形成・熟成されていった。

しかしその後、17世紀のイギリスにおけるコモンローの発展に伴い衰退し、Coke（Sir Edward Coke, 1552-1634）によって、商取引紛争はコモンローの原則によることとなり、商慣習法は単なる慣習レベルの扱いとされた。この頃より商取引において、法制度が本格的に導入され始めたといえよう。その後、Mansfield（Lord Mansfield 1705-1793）により、具体的には *Pillans v. Mierop* 事件<sup>63</sup> において、商慣習法（*law merchant*）は単なる慣習ではなく、コモンローの一部であるとされ、その後19世紀に制定法の中に商慣習法が採り入れられた<sup>64</sup>。ヨーロッパ大陸法諸国においても、19世紀に国内法が整備される際に組み込まれていった。このように中世ヨーロッパで本格的に発展した *Lex Mercatoria* が19世紀の各国の法理制定過程において分解され、組み込まれていくこととなった。

## (2) 近代における商慣習

Kornhauser の表現<sup>65</sup> を借用すれば、*Lex Mercatoria* は19世紀の法整備過程において消滅しかかったが、商人は消滅していなかった。法制度や社会情勢、国際情勢がどれほど変化しようとも、20世紀の各国の経済発展により国際商取引は激増した。そうした状況において、国内法の整備は事後的に慌しく行われる中、国際的な商取引に関する法体系は不十分であった。つまり急激な経済の発展や移行が法制度を機能不全に陥れ、「法が十分に機能しなくなると民間規則（*private order*）が台頭する」<sup>66</sup> という原則が必然的に機能することとなる。つまり商人が増加する国際商取引の実態に沿う形で、商学的な枠組みを構築していった。例えば、国際商業会議所（*International Chamber of Commerce; ICC*）は1920年にフランス・パリに本部を設置、国際商取引に関する規則を順次整備し、現在においても幅広く利用されている諸規則は、多数存在する<sup>67</sup>。こうした動向は、商取引とは本質的に、一国内の法や規則の範囲内でおさまりえるものではなく、事後的に人工的に策定された国家という政治的枠組みを超越して

63 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765).

64 例えば国際商取引に密接な関係を持つものとして、1893年の *Sale of Goods Act* がある。

65 L. A. Kornhauser, *Resurrection of Contract-Review of Contract as Promise and the New Social Contract*, 82 Columbia L. Rev. 184 (1982).

66 John McMillan & Christopher Woodruff, *Private Order under Dysfunctional Public Order*, 98 Michigan L. Rev. 2421 (August 2000).

67 例えば、Incoterms は1936年に制定されて以来、1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010と改訂され、貿易取引における定型取引条件として世界的に利用されている。その他 UCP（荷為替信用状に関する統一規則）など多数。ICC website 参照。http://www.iccwbo.org/

(transnational) 行われるものであることを再認識する。このように不十分な法制度に取って代わり、民間規則が重大な役割を果たし始めた現象のことを「新しい慣習法 (new law merchant)」<sup>68</sup> といい、経済が発展し国際商取引が活発になるに比例して、こうした制度がより一層強まる傾向にあると思われる。

また一方では、各業界内の商慣習が発達するに伴い、両当事者の国家間の枠組みの存在が、より一層鮮明になった。つまり国際商取引の活発化により、経済は国境を越えて頻繁になり、いわゆるボーダーレスになったが、それに反比例して国際商取引に関する規則・法制度等の国家主権に関わる項目が顕著になり、いわゆるボーダーフルな現象が浮き彫りになることになった。契約の成立や紛争解決の制度等は、各国の法制度も大いに関与する項目であり、例えば業界内で標準的契約書式 (standard contract form) が作成されている場合であっても、和解等で解決できない際には、法制度による解決が必要であり、商取引に関する国際的な統一法という法制度の必要性が一段と高まった。国際的な統一法を作成するという考え自体は古くからあり、1世紀以上の歴史がある<sup>69</sup>。その方法として大きく二つあり、一つは、準拠法選択の原則である各国の国際私法を統一すること。もう一つは、実体法 (substantive law) を統一すること、がある<sup>70</sup>。どちらの方法によるのかについて、学者間で長い間議論が交わされたが<sup>71</sup>、当事者がどの法廷地で訴訟を提起しても、準拠法が同一であれば、第一の方法による問題も同時に解決できるという点から<sup>72</sup>、実体法の統一による方法が試みられるようになった。

### (3) CISG の成立と特徴

*Black's Law Dictionary* によると<sup>73</sup>、“uniform” という文言は「様々な時と場所において異なるものではなく、ある一つの規則、方法、形式もしくは普遍の

68 A. Goldstajn, *The New Law Merchant*, 1961 J. of Business Law 12; C. M. Schmitthoff, *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*, in the Source of International Trade 3 (London, 1964).

69 Peter H. Pfund, *Overview of the Codification Process*, 15 Brook. J. Int'l L. 7 (1989).

70 Franco Ferrari, *Defining the Sphere of Application of the 1994 “Unidroit Principles of International Commercial Contracts”*, 69 Tulane L. Rev. 1225, 1226-1227 (1995).

71 詳細については、Covey T. Oliver, *Standardization of Choice-of-Law Rules for International Contracts: Should There be a New Beginning?* 53 Am. J. Int'l L. 385 (1959) 参照。

72 Peter Winship, *Private International Law and the U. N. Sales Convention*, 21 Cornell Int'l L. J. 487 (1988). ただしこれにはいくつか前提条件が必要、という (斎藤彰『国連国際動産売買統一法条約の意義と限界 [上]』国際商事法務 第20巻8号、919-920頁 (1992年8月))。また手続き面で容易であること等の利点を挙げ、各国の国際私法の統一を目指すべきである、という意見もある (Ole Lando, *European Contract Law*, in Peter Sercevic ed. *International Contracts and Conflicts of Law: A Collection of Essays* 1-3 (Springer, 1990))。

73 *Black's Law Dictionary* 1530 (6th ed. 1990).

基準に合わせること」と説明されている。統一法を制定する目的は、類似した事柄については、同じ結果が出るような一連の指標もしくは原則を提供することにある<sup>74</sup>、といえるだろう。事実が同じであれば同じ法原則が適用され、逆説的には、異なる法原則が適用されるということは、前提となる事実が異なっている、というのが理想である。ただし現実には国家を超越したレベルでの統一、というのは困難が大きい。具体的には三つある<sup>75</sup>。第一に、コモンローと大陸法という法体系が異なる国が参加する法律において、概念を含む細部まで合意を得ることは困難であること。第二に、法体系の相違だけではなく、各国国内法の実体法が様々に異なっていること。第三に、適用される実体法が同一だけではなく、解釈レベルまで同一としなければ、その意義が薄れてしまうこと<sup>76</sup>、がある。こうした困難な問題を抱えながらも、統一を目指して動き始めた。

具体的には、ローマの私法統一国際協会<sup>77</sup> が1930年に起草委員会を設置し、統一法の草案を試み、紆余曲折を経て1964年に国際物品売買に関する統一法 (ULIS)<sup>78</sup> および国際物品売買契約の成立に関する統一法 (ULF)<sup>79</sup> が条約として発効した。しかし採択数は10か国にとどまり広く採用されるには至らず、商学的には失敗に終わっている<sup>80</sup>。しかしその後、統一法作成にあたり、次の三つをその根本原則として更なる精進が続けられた<sup>81</sup>。第一に、条約の規定は、既存の法体系の何れかを選択または修正すること、また単に法体系原則の寄せ集めではなく、それ自体首尾一貫していること。第二に、条約規定は国際的売買取引のみに適用され、国内法の秩序を乱すものではないこと。第三に、当事者自治の原則が尊重されること。その後、1966年に新たに発足した国連国際商取引法委員会 (UNCITRAL)<sup>82</sup> がこの三原則に基づきその失敗を教訓に、各国

74 Sunil R. Harjani, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts*, 23 Houston J. of Int'l L. 49, 50 (Fall 2000).

75 *Id.* at 50-51.

76 解釈が異なってしまうと、本来の目的を達成しえない、という。(Camilla Baasch Andersen, *Furthering the Uniform Application of the CISG: Sources of Law on the internet*, 10 Pace Int'l L. Rev. 403, 404 (1998)) ただしこの解釈の統一問題は、自覚し認識しながら、実際に出てきた判例を徐々に軌道修正していくことになるであろう。

77 The International Institute for the Unification of Private Law. 旧国際連盟 (the League of Nations) の所属機関として1928年に発足した。

78 The Uniform Law on the International Sale of Goods.

79 The Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods.

80 詳細については、朝岡良平『貿易売買と商慣習 (第三版)』80-92頁 (東京布井出版、1981年) 参照。

81 新堀聰『国際統一売買法』4頁 (同文館、1991年)。

82 The United Nations Commission on International Trade Law.

が採用しやすいよう改訂作業を開始した。その際実務的に大変重要な点として、決定は投票によるのではなく、メンバーとオブザーバーのコンセンサスによる、という方法にある。この方法の利点として、採択国が増加することがある。これは ULIS & ULF の教訓を生かしているが、その欠点としては、妥協的な産物になってしまう危険性がある。具体的に対立的な論点については、回避し先送りしたり、抽象的でどうにでも解釈できる文言になったり、というリスクである。ただここでも完璧を目指す前に進まないため、その後の努力が実り、1980年に条約として CISG は採択され、1988年に発効した。

#### (4) PICC の成立

UNIDROIT 理事会 (Governing Council) は1971年に起草を策定し、1974年に最初の報告書が作成され、1980年に特別作業部会 (a special working group) が発足しその後精力的に作業が続けられ、1994年に PICC が正式に公表された<sup>83</sup>。PICC の最大の特徴は、条約でもなく、法律でもなく、従来の商慣習を体系的に再記述 (restate) した、という点である。CISG は各国のコンセンサスによって成立したという経緯から、いくつかの論点については明文化が回避されている。この点については、国際的な統一法の完成という目標のためには、致し方無い面もあり、それを補完する意義をものとして PICC があるといえるだろう<sup>84</sup>。CISG と PICC との関係に類似しているものとして、アメリカの統一商法典 (UCC)<sup>85</sup> と、アメリカの契約法リステイトメント (Restatement Second of Contracts)<sup>86</sup> がある。リステイトメント作成に着手し始めた1923年の会合に提出されたレポートには次のような内容が記されていた<sup>87</sup>。「アメリカ法の大きな二つの欠陥として、不確実性とその複雑さ (uncertainty and its complexity)」

83 起草過程、特別作業部会のメンバー、手続き等の詳細については、Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 17-24 (Transnational Juris Pub.1994) 参照。

84 立法的手段によらない国際的な統一法準則の作成は、20世紀初頭にフランスの Lambert がいろいろな形態の法を想定していた、という (*Id.* at 1)。

85 Uniform Commercial Code. これはアメリカ各州の商事取引法を現代化しかつ統一するための統一州法案。1951年に成立以降、改訂および新編の追加が行われている (田中英夫編集代表『英米法辞典』876頁 (東京大学出版会、1991年))。

86 アメリカ法の主要分野のうち、判例を中心に発達した諸領域を取り上げ、法域によって立場が異なる点についてはその内容を検討し、法域の数よりも当該準則の合理性を重視しつつ取捨選択し、これを条文の形式にまとめ、かつ説明 (comment) と例示 (illustration) を付したものをいう。法源としての拘束力はないが、実際に当事者、裁判所により頻繁に引用されているため、事実上権威あるものとされている (同書727-728頁)。現在では25領域のリステイトメントが作成されている。詳細は、ALI website 参照。

<https://www.ali.org/publications/#publication-type-restatements>

87 Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute (reproduced in the American Law Institute 50<sup>th</sup> Anniversary, Philadelphia, 1973, at 3-15).



があり、それらが無用な訴訟を引き起こし、最終的にはそれが訴訟の遅延と高額化を招くことになる」とある。この文章における「アメリカ法」という部分を「国際商取引に関する法」に言い換えてみると、現在の国際商取引の十分でない法整備状況に当てはまるのではないかと思われる。PICC の特徴として、次の点がある<sup>88</sup>。

第一に、契約自由の原則 (*freedom of contract*) が尊重されていること。PICC art. 1.1では、「当事者は自由に契約し、その内容を自由に決定できる」とある。これは商学的観点からすると、当事者は契約書を詳細に検討・起草・交渉する、時間や金銭のコスト、さらに法学的に検討するだけの専門性を持ち合わせていないことから、厳格には行われていないのが現状である。そのためPICCのような取引原則を利用することとなる<sup>89</sup>。

第二に、幅広く慣習を認めていること (*Openness to usages*) がある。第1.8条では、「当事者は合意もしくは両当事者間で確立されている慣習に拘束されるだけではなく、特に不合理でない限り、特定の業界において日常的に認められている慣習についても拘束される」とある。また変化の激しい経済状況に柔軟に対応できるよう、幅広く慣習を捉えようとしている。PICC では一般論が明示され、経済状況の変化に柔軟に対応できる、という趣旨である。

第三に、契約関係維持の原則 (*Favor Contractus*) がある。これは状況等に変化があっても、契約を存続させることが両当事者の利益になる、という意図がある。関連する条文は、第2.1条、第2.11条、第3.2条、第3.3条、第6.2.1条、第7.3.1条、第7.1.4条など多岐にわたっている。

第四に、信義誠実および公平取引の順守 (*Observance of Good Faith and Fair Dealing*) がある。一般規定としては第1.7条があり、それ以外にもこれはPICCの哲学的根幹であるため、多く条文の基礎となっている。例示等による説明もなされているが、具体的に定義することは不可能であり、むしろ詳細に定義することなく幅広く解釈できる内容の方が望ましい、という趣旨さえうかがわれる。一言でいうと「誠実に行動する (*acting honestly*)」<sup>90</sup> といえるだろう。これは、企業も個人も誠実さが中長期的な様々な利益につながっている、という知恵によるものであろう。

第五に、公序の原則 (*Policing against Unfairness*)。不公平な契約に対する関

88 Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?*, 69 Tulane L. Rev. 1121,1134-1140 (April 1995).

89 *Id.* at 1125.

90 *Id.* at 1138. アメリカ GE の Jeffrey Immelt 会長は全社員あての手紙で「誠実が最大の企業価値だ」と強調している。また GE では「One Strike Out」(一回の意図的不正があれば即退社) という原則があるという。(日本経済新聞2002年9月12日1面「企業不信(4)」)

与規定で、手続き面だけではなく、実体面における場合の両方が含まれ、第3.8条（詐欺）、第3.9条（脅迫）、第3.20条（不意打ち条項）などがある。

また PICC の利用方法として、次の五つがある<sup>91</sup>。第一に、新たな国際取引法制定のモデル法としての利用。第二に、国際法原則の解釈や補完する手段としての利用。これは CISG などの条文解釈や補完する役割がある。第三に、契約書起草の参考としての利用。第四に、契約の準拠法としての利用。これには裁判所での利用と、仲裁での利用があり、実際の例では、PICC は約 9 割が仲裁で利用されている<sup>92</sup>。第五に、国内法の代替としての利用。これはまだ法制度の整備が不完全な開発途上国や、先進国においても未整備な領域の場合の利用を想定している。

以上、CISG は条約として法実体を有し、PICC はより広範囲にわたる性質を有しており、実体法としてまた解釈原理としても利用できる商学的原理であるといえる。それゆえ純粋な法だけでカバーするには無理がある範囲を、商取引原則により補完することにより、国際商取引をより本質的に把握できると考えられる<sup>93</sup>。

#### 4.2.3. 実証調査研究にみる契約・法意識

国際商取引におけるビジネスパーソンの法意識はどの程度のものであるのだろうか。過去にはいくつかの実証的研究がなされているが<sup>94</sup>、ここでは三つの実証調査研究を簡潔に取り上げる。特に次の四点に留意する。

##### ① 当事者にとって契約とは何か。

91 Bonell, *supra* note 88, at 1141-1146. PICC の意義・利用法については拙稿「UNIDROIT 国際商事契約原則における前文（Preamble）の意義」JAFTAB 第49号23-33頁（日本貿易学会年報、2012年6月）参照。

92 UNILEX website 公表の判例による。http://www.unilex.info/

93 本節では CISG と PICC の比較をその目的としていないので詳細には論じないが、両者の目的、性質、目的等の全般的な面について比較論考している文献がある。Alejandro M. Garro, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG*, 69 Tulane L. Rev. 1149 (April 1995).

94 本格的で大規模な調査としては、次のものがある。Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 55 (1963). ここではアメリカ Wisconsin 州の Businessperson に対し、法意識に関するインタビュー調査が実施された。簡潔には、契約社会アメリカにおいても、現実の商取引においては契約法という法原則に沿うような行動は必ずしもとられておらず、特に営業部門の人間は法的な契約書よりも、男の約束（a man's word）により信頼を置いて取引している、という。その他参照。Russell J. Weintraub, *A Survey of Contract Practice and Policy*, 1992 Wisconsin L. Rev. 1; Jan M. van Dunne, *Adaptation by Renegotiation Contractual and Judicial Revision of Contracts in Case of Hardship*, in Fritz Nicklisch ed. *The Complex Long-Term Contract* 413 (Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, C. F. Muller, 1986).

- ② 現実の企業の行動規範となっているものは何であるか。
- ③ 現実と法律との相違はなぜ発生し、どう解決すべきであるのか。
- ④ 法律と商取引の相互関係はどうあるのか。

最初の研究は、原油 (crude oil) の国際市場で業務を行っている企業内弁護士へのアンケート調査に関するものである<sup>95</sup>。そこでは33名へ発送し、15名から回答があった。契約履行に関する紛争の経験の有無は12%が経験し、そのうち76%は、非公式に当事者間の交渉で解決され、9%が仲裁、13%が訴訟となった。訴訟が選択された理由として、法廷地が両当事者によって都合がよかったこと、準拠法が実務的に理解できること (commercially acceptable) が挙げられた。仲裁を選択した理由として、コストが安いこと、法的理論ではなく、実際の商慣行に基づいて裁定がなされるから、というものであった。

次の研究は、荷為替信用状 (Documentary Credit) の利用に関する国際慣習の実態調査である<sup>96</sup>。ここでは国際業務を行っている200の銀行にアンケート調査票を送付し、21通の回答を得た。裁判管轄や紛争解決方法について事前に合意することはほとんどなく、また紛争時には、ほぼ確実に信用状統一規則 (UCP)<sup>97</sup> を参照するが、ほとんどの銀行が紛争解決手段として、和解交渉 (negotiation) もしくは仲裁を好み、訴訟が遅いものであると考えている。

第三の研究は、1993年から日米で実施された「日米の継続的取引に関する実証的研究プロジェクト」<sup>98</sup> である。ここでは、日米両国における継続的取引を実証的に比較し、日米の契約に対する固定観念が存在するかどうか、もし存在するのであれば、それはなぜなのか、について探求することが目的であった<sup>99</sup>。一般に日本的な継続的取引の特徴として、次の四点あるとされる<sup>100</sup>。

95 Dreatta, Lake & Nanda, *supra* note 56, at 9; Trackman, *supra* note 59, 120.

96 M. Kurkela, *Letters of Credit under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant* 7 (1985).

97 ICC Uniform Customs and Practices for Documentary Credits.  
[www.iccwbo.org/news/articles/2006/icc's-new-rules-on...](http://www.iccwbo.org/news/articles/2006/icc's-new-rules-on...)

98 詳細な調査目的・方法・結果については次の論文を参照。内田貴「継続的取引に関する実証的研究の目的と意義」NBL 第627号6-10頁(1997年)10月15日; 北山修悟「継続的取引に関する国内アンケート調査の結果(1・2・3完)」NBL 第627号11-18頁(1997年10月15日)、第629号47-52頁(1997年11月15日)、第630号52-60頁(1997年12月1日)。調査結果の分析については、中田裕康「契約と関係—継続的取引の調査から(上・下)」NBL 第631号6-15頁(1997年12月15日)、第632号55-63頁(1998年1月1日)。日米の比較考察については、ジョン・O・ヘイリー「日米における関係の契約—違いはあるのか」NBL 第641号15-20頁(1998年5月15日)参照。

99 内田貴、前掲注98、9頁。

100 同書。また当プロジェクトでは、日米の国内取引を対象としたこと、業種・企業の特徴に注目したことがある。調査方法は、日本国内についてはアンケート調査およびインタビュー調査が行われた。1993年12月に国内企業130社に発送し、76社から回答を得た。アメリカについてはアンケート調査を試みたが、ポリシーから応じない企業が多く十分なデータを収集することができなかったため、インタビュー調査を中心に行われた。

- ① 特定の相手と長期間にわたって取引を行う。
- ② 契約書を重視せず、書面化しないことが多い。
- ③ 契約条件も事後、柔軟に修正する。
- ④ 紛争解決の際には契約書を援用せず、当事者間の協議でのみ解決を試み、訴訟を嫌う。

この調査結果から、重要と思われる点を以下、中心に見ていきたい<sup>101</sup>。

契約違反に関する法律の規定が実務上、どれだけの存在意義をもつものであるのか、については「特定相手方の固定度が高くなると、弁護士への依頼の必要性が低くなる」という。またトラブル（紛争解決）の交渉過程での契約条項の援用は減多にない、が51.3%を含め約80%が「ほとんどない」という結果が得られている<sup>102</sup>。また現実問題として、「信頼関係」、「契約内容」、「取引慣行」、「力関係」の四つの要因が大きく、次いで「誠意の有無」が重要な役割を果たしている。また事後的な契約条件の変更については、「よくある13.2%、たまにある36.8%」を合わせると、半数が何らかの変更を経験しており、その対応として契約内容を変更する事例がほとんどを占めている。つまり相手方からの契約条件の変更要求に対して、契約違反だと断固拒否したり、当初の履行を厳格に要求するという法的規範からの二者択一的な対応をとることはほとんどなく、原則として状況に照らして、相手方の要求をある程度受け入れる、ということが慣例となっている。

こうした実証調査研究から導かれることは、法と商の観点のずれ、である。具体的には取引をどの程度の期間で観察するか、ということである。

商学的観点から最も重要なことは、商取引に関係する当事者は、すべて継続的な関係を前提として行われる、という現実である。法は一回限りの状況を想定し、その保護を条文化し体系化しているが、商の現実からすると、オークションの利用等以外、そうした状況はほとんど想定できない。現実には仕入れや販売先がすべて一回限りの単発取引で行うとすると、過度に不安定で、生産や販売の計画を立てることはかなりの困難で、事業継続が事実上不可能になる。

それでは商取引を行う当事者にとって、契約書を作成する意義はあるのだろうか、という根本的な疑問が生ずる。法学的規範である従来の契約法だけでは、合理的な解決策としては限界があり、説明がつかないといえるだろう<sup>103</sup>。その

101 以下引用する調査結果は、北山修悟、前掲注98に基づく。また本プロジェクトの特徴として、業種別に分析した回答が多い中、筆者が重要と判断したものを適宜取り上げたが、特定の意図があるわけではない。

102 当事者が紛争解決の交渉過程において、最初に交わされた契約書の援用が少ない、ということはある程度想像できるが、さらに裁判官が、契約解釈においても比較的自由に行い、裁判官も契約書の文言をあまり厳格に解釈しない傾向がある、という結果には驚く。



ためアメリカでは、Macneil 教授が提唱する「关系的契約理論」<sup>104</sup>、これは契約締結時の意思だけで判断するのではなく、両当事者の契約関係の進展とともに生ずる契約の継続性や、柔軟性を確保する等の協力的義務が生ずる、という両当事者の関係から理解把握しようとするものである。しかしこの理論も限界があるように思われる。関係はあくまで重要な要因の一つであり、決定的なものにはなりえない。要するに、法学的規範を拡大解釈したところで自ずから限界があり、むしろ法学的規範とは異なった規範、商学的規範という観点から解釈していかなければうまく説明できないのではないか、ということである。

#### 4.2.4. 商学的規範

第一に、商取引は費用対効果の最大化を目指す活動であること。この費用や効果についても、その多くは経済的価値に還元されうるものであり、商取引は、その利益やリスクのほとんどが、金銭的価値に換算できるといえる。それゆえ、費用管理であるリスク管理を効率よく行うことが重要になる。明示的なものとして財務諸表に換算される価値、交渉する際のコストなどがあり、黙示的なものとして、信頼や誠実性などがある。例えば貿易取引における代金決済方法として、荷為替信用状を用いる制度があるが、これは買主の代金支払いを銀行が保証する性格のものであり、この仕組みは、買主の信用不足を、コストを支払うことによって補う、ということであり、信頼があればそうしたコストは不要である。また誠実性に問題がない相手であれば、契約書など不要で、口頭での記録されていない電話での交渉のみで取引が成立する。信頼、公平、誠実といった要因は、不正義で不公正な取引行為が自発的に抑制され、それだけ実利的にも関連するコストが不要になるため、リスク管理としても効率的である。

第二に、中取引は中長期に見た経済的利益の確保を目指す。商取引活動の目的は、根源的には経済的利益の確保である。すべての活動には常時コスト的制約がかかっており、かつ継続企業としての中長期的な観点から判断する行動原理が機能する。企業の商取引活動は、正義や、公平な社会の実現といった高尚な理念を実現するためではなく、長期的な観点からの利益極大化、リスクの極小化管理をその行動原理としている。そのため長期間にかかる見込みのもの、勝訴する可能性の低いもの、また時間も含めたコスト的な採算性から最も適切・合理的とされる手段が選択される。現実的には実証調査研究の例においてもみ

103 古典的契約像として、「契約自由の原則」と「私的自治の原則」がある（内田貴、前掲注57、15頁）。

104 Macneil, *supra* note 5, at 845. また「契約から関係へ」の歴史的変遷については、木下毅『英米契約法の理論（第2版）』59-77頁（東京大学出版会、1985年）参照。

たように、当事者間の交渉・和解といった訴訟外紛争処理制度（ADR）によるものが多い。

また一般に紛争の際は両者が十分なコミュニケーションをとり意思疎通を図ることが大切、という文章を時折見かけるが、これはコスト制約という重大な前提条件が欠落している。コミュニケーションや交渉にも必然的にコストが付随するため、その合理的範囲内において可能である。またコミュニケーションの頻度と紛争解決とは必ずしも正比例の関係が成立するわけでもない。国際商取引では言語、文化、慣習等の乖離は必ずあり、相互理解することは確かに重要で理想的であるが、価値観や文化的相違は、致し方ない面がある。国際商取引では、相手の価値観に賛同することではなく、相手の価値観自体を一定程度容認する、という立場が国際商取引では重要である。

第三に、商取引は Win-Win 関係で成立している。商取引の当事者は中長期的な観点から利益を確保できることから取引を行う。それゆえ当事者間会の継続自体が潜在的な利益であり、企業は取引関係を継続させたいという Incentive が働く。この点、法学的規範とは根本的に異なる。法学的規範は、Win-Lose 関係がゼロサムのに働くものである。当事者の利害関係が対立する関係から、一定の利益や損失を、どちらがどの程度いただくか、負担するか、という状況である。一方、商学的規範は、取引関係を継続することにより、できる限り多くの利益を協力して獲得する、両者にとって利益になる Win-Win 関係がプラスサムのに働く。商取引では一方の当事者が損をする取引を、強制することはできない。両者が利益になるため、取引が成立し履行される。法学的規範は対立構造で解釈し、商学的規範は補完的構造で解釈する、といえるだろう。

第四に、商取引の主体である企業は、継続体であるということ。企業は継続するという前提から、中長期的な利益確保を目指すことになる。そのためリスク・費用を低減化するための方策として、継続的關係の維持が Incentive として組み込まれている。そのため、想定外の事態が発生した場合でも、取引関係が継続・維持されること自体が将来的な利益に結び付く可能性がある限りは、短期的な経済的利益や損失に基づく行動は、商学的に合理的ではない。短期的思考は信頼性を毀損する可能性が高く、安定的な継続關係の維持が困難になる。そのため事後的な契約内容の修正が求められた場合、過度に法学的規範を持ち出すことは、自ら窮地に追い込む結果となる。商取引とは相手の存在により初めて成り立つものであり、取引の場としての業界や市場から除外されてしまうと、取引以前の問題になってしまう。実際に訴訟になった場合、その取引関係の86%が、その後の継続的取引関係は途絶えてしまい、一方訴訟外の場合には53%が途絶えた、という調査結果もある<sup>105</sup>。つまり商取引を行う主体である企

業には、取引関係の継続性の維持、という商学的規範が本質的に組み込まれているため、それから逸脱した法規範は無意味であり、法学的規範よりもはるかに大きい影響力を企業に与えているといえるだろう。

#### 4.2.5. PICC 利用に関する実証調査

PICC が現実の裁判や商事仲裁において、現実によどの程度、引用・参照されているか確認し、その有用性について考察したい<sup>106</sup>。ここでは統計データを主とする論文<sup>107</sup>を参考に以下論ずる。

PICC 初版である1994年版以降、2004年版、2010年版とはや20年以上経過するが、UNILEX Databaseによると、2011年8月31日時点蓄積されたそう事例数は266件、内107件は国内法廷、内159件は仲裁裁定であった。PICCを根拠とした分類は次の通り。

- (1) 紛争の準拠法としての利用（総数61、うち仲裁55・裁判6）  
当事者の明示的選択、仲裁廷の職権判断（*ex officio*）、契約書での契約一般原則や *Lex Mercatoria* の言及、準拠法選択条項の欠落、仲裁の善と衡平原則（*ex aequo et bono*）
- (2) 準拠法とされる国内法が争点の解決手段としての利用（総数58、うち仲裁33・裁判25）
- (3) 準拠法とされる国内法の解釈・補足手段として参照（総数76、うち仲裁27・裁判49）
- (4) 国際統一法などの解釈・補足手段として参照（総数35、うち仲裁27・裁判11）

以上から、次の四点が導かれる<sup>108</sup>。

第一に、PICCを参照する仲裁や裁判所の数が増え、世界中の多岐にわたつ

105 McMillan & Woodruff, *supra* note 66, at 2451.

106 PICCの実証調査研究は主として次の5点ほどある。① Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, 1 Uniform L. Rev. 34 (1997); ② J. Fordon & A. Rosett, *United States*, in M. J. Bonell ed., *A New Approach to International Commercial Contracts* 388 (1999); ③ Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*, both in Klaus Peter Berger et al., *The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration* 91-114, <http://trans-lex.org/000003>, and in Klaus Peter Berger ed., *The Practice of Transnational Law* 23-42 (2001); ④ S. Vogenauer & S. Weatherill, *An Empirical Contribution to the Debate*, in S. Vogenauer & S. Weatherill eds., *The Harmonisation of European Contract Law* 117 (2006); ⑤ Sarah Lake, *An Empirical Study of the UNIDROIT Principles-International and British Responses*, 16 Uniform L. Rev. 669 (2011-3).

107 Eleonora Finazzi Agro, *The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures*, 16 Uniform L. Rev. 719-733 (2011-3).

108 *Id.* at 721.

ていること。第二に、世界中の多くの地域の当事者が、PICCを参照・確認・説得の手段として広く知られつつあること。第三に、PICCが物品売買契約に限定されず、サービス、流通、ライセンシング等の契約においても幅広く参照されていること。第四に、条項として参照される項目は、信義誠実、解釈、Hardship、不可抗力、不履行時の契約終了、損害賠償が多い。

またICC国際仲裁裁判所のデータによると<sup>109</sup>、2001-2002年に僅か10件であったものが、2002-2004年では54件と大きく増加している<sup>110</sup>。これらから、英米を除く世界的な認知度が、国際商事仲裁を中心に広まり、その内容も徐々に浸透しつつある段階にあるといえるだろう。PICC 2010に新しく第11章17条文が追加され、これは新規追加項目として最大で、複数の債務者債権者の項目を扱っている。当該項目は、今後社会が複雑化・高度化・グローバル化する状況を想定している。例えば、複数の当事者が事業を共同で行い、必要な融資を金融機関で受ける等について、従来は原則国内で完結できたが、近年では国内ではなく、グローバル規模に高い専門性を持った企業を募り、効率的な物品やサービスの提供が可能となる。専門性が高くなるほど取引は細分化するため、当事者の数は増加し、当然グローバル規模に関与する当事者は複数になる。また共同事業でなくとも、2011年3月の東日本大震災の際に一部顕在化した通り、下請け孫請けや関連取引先との取引契約は連鎖的であり、それがグローバル規模に拡大している。一部部品がストップすると、組み立てラインのすべてが止まってしまう、という状況にあり、Supply chain managementの重要性が指摘される。技術的専門性が高くなりその関係範囲も拡大し、また専門性は高度化するほど代替性は低くなり、一部の問題が全体に大きく影響する状況にある。こうした状況を踏まえ、PICCでは第11章を追加し、これはリステイトではなくプリステイト（Pre-state 先述）を感じる条文である。

#### 4.2.6. 第2節の小括

法は現実の商取引において参照され、引用されることによりその存在価値がある。「法学教育の究極的な主流を占めるべきものは、実証的な調査研究に基づくものとなるであろう」<sup>111</sup> や、「法は現実に沿うべきであり、そうでなければ誰も法に従わず、最後には忘れ去られその存在意義がなくなってしまう」<sup>112</sup>

109 16 ICC ICAB 73 (Spring 2005).

110 ICC 仲裁裁判所は、2011年に受理件数796件、当事者2293、139か国、仲裁人78国籍、新規100万米ドル以下は22.7%、仲裁裁定508件と世界最大規模の常設仲裁機関である。

<http://www.iccwbo.org/>

111 Jamas J. White, *Phoebe's Lament*, 98 Michigan L. Rev. 2773, 2773-2779 (August 2000).



という法学者の意見がある。国際商取引という法と商が密接に関連する分野においては、従来の法学的規範と、筆者が提示したような商学的規範の双方が *all or nothing* 的ではなく、相互補完することが理想的であり、それにより安全で安価な取引が可能になる。法と商を管轄するルールをそれぞれ *Hard Law* と *Soft Law* ととらえ<sup>113</sup>、企業活動の源泉は商学的規範に軸足を置きつつ、法学的規範を参照し補完しつつ遂行することが大切である。

---

112 Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 American J. of Int'l L. 757, 762 (October 2001).

113 Mihael Joachim Bonell ed., *A New Approach to International Commercial Contracts The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 4 (Kluwer L. Int'l 1999).

### 第3節 Soft Law の意義

#### 4.3.1. はじめに

商取引においては、その取引規則として有形もしくは無形のいわゆる Soft Law<sup>114</sup> が昔から頻繁に使用されており、今後もその方式は不変であろう。しかし近年、従来は特定の業界に限定して使用されていた規則が、現在では国家主権に属する、契約の一般原則の範囲まで規則の作成が拡大されつつある。例えば、貿易取引においては18世紀頃から、FOB などの定型取引条件が使用されており<sup>115</sup>、元来は貿易取引における契約条件（価格など）であり、現在では国際商業会議所（ICC）<sup>116</sup> が作成したインコタームズ（Incoterms）や信用状統一規則（UCP）が実務では当然に使用されている。これらは専門用語の定義や責任の有無について規定しており、各商取引に付随した契約条件の一つとして援用可能統一規則の役割を果たしている。国際商取引における法制度は、それら Soft Law を尊重し強制力を付す根拠として、いわゆる “Hard Law”<sup>117</sup> が一国家の司法体系として存在している。国際商取引の紛争を解決する際、Hard Law である国際民事訴訟においては、多くの問題がある<sup>118</sup>。そのため商取引実務では、紛争解決の手段として国際商事仲裁に付託することが大半であるが、一方で法学的観点から固有の問題について検討し、実体法の統一により解決しようとする試みがなされている。その数少ない成功例として、CISG がある<sup>119</sup>。

114 “Soft Law”という文言は新しく、あまり見かけない。北川俊光・柏木昇『国際取引法（第2版）』（有斐閣、2005年）第1章第2節の表題に「ソフトロー」とあるがその説明はなく、その他日本の文献ではあまり見かけない。アメリカで有名な *Black's Law Dictionary* も、第7版（1999年）に初めて項目ができた。第8版（2004年）では、「国際法において法的拘束力がない、行為の基準となる行為規範（codes of conduct）、指針（guidelines）、方針の宣言（policy declarations）」とある。また Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice* (2002) の Introduction においては「Soft Law は条約の様な拘束力はなく、その内容的合理性による高い説得力（persuasive value）により実務で適用されることしか想定されえないもの、UNIDROIT 原則はその典型である…」との説明がある程度である。本稿においては、「議決を経ていない、または行政の政令等に準じる規則を除く商取引で用いられる取引規則」という意味で用いる。

115 イギリスの判例に表れた最初が、FOB は1812年、CIF は1862年であることから、実際にはそのはるか以前から、貿易において広く利用されていたものと推定される朝岡良平『貿易売買と商慣習』31-32頁（第3版、東京布井出版、1981年）。

116 1919年設立の ICC の目的は、開かれた国際貿易と投資制度により、市場経済を各国に普及させることにあり、そのため国境を超えた商取引活動を律する（govern）規則を提供している。  
<http://www.iccwbo.org/>

117 ここでは Soft Law と対照的に、Hard Law を「主権国家の正式な立法手続きを経て成立・承認された法や国際条約」の意味で用いる。

118 詳細は繰り返さないが、現実的な事例に基づいて説明しているものとして、小林秀之『国際取引紛争（第3版）』（弘文堂、2003年）参照。

119 UNCITRAL website 参照。<http://www.uncitral.org>

これは国際商取引における契約一般に関する条約であるが、後述する **Hard Law** の本質的限界から、これを補完する **Soft Law** として1994年に **PICC**<sup>120</sup> が公表された。これは国際条約や法律ではないリステイトメント (**Restatement**) であるが、主に国際商事仲裁において一般契約法原則として利用されつつある<sup>121</sup>。

近年の **Soft Law** の特徴は、特定分野の解説ではなく、契約一般原則にまで拡大しつつある点にある。これは主権国家の **Hard Law** と衝突・相反するように感じるかもしれないが、現実にはトレードオフの関係ではなく、むしろ相互補完の関係にある。これは国内裁判所が、国際的事案を解決する手段として国内法規定だけでは本質的に無理があり、拡大解釈したところで限界がある。そのため、契約一般原則も大きくは、コモンローと大陸法に二分されるが、それも **CISG** や **PICC** により統一されつつあるため、それに頼った方が、裁判所や仲裁廷も説明の根拠として利用しやすくなり、合理的で説得力が高まるからであろう。そのため **Hard Law** と **Soft Law** の相互補完関係の構築が、安定した国際商取引の発展につながると考えられる。本節では近年、契約一般原則にまで拡大しつつある **Soft Law** について、今後の方向性とその意義について考察していきたい。結論は簡潔には次の通り。

商取引のグローバル化が急拡大する一方で、それらを規律する法制度、特に **Hard Law** およびその運用体制は不十分で未整備であり、それを現場サイドで利用されている商慣習といわれる **Soft Law** で対応しているという現実がある。この **Soft Law** は、その名称から柔らかく頼りにならないように感じるかもしれないが、商取引の現実は、一見強制力のない規範である **Soft Law** のほうが本質的に当事者に契約を遵守するような強制力が働いている。つまり **Soft Law** というルールを遵守せずに逸脱すれば、信用を喪失し、以後の市場から追放され、ビジネスという場・機会さえ得ることができなくなる。**Soft Law** には市場から排除されるという掟が歴然とあり、現実には「法より先にビジネスがある」<sup>122</sup> という。そのため国際商取引では、**Hard Law** の法理論の問題が未整備であっても、利益があれば商取引は容易に成立するため、**Soft Law** が規則・秩序維持を補う役割を担う。近年では契約一般原則の領域まで拡大しつつあり、その特徴は三つある。第一に、情報化社会が高度に発展し、専門が細分化するのに伴い、各専門分野の実情を反映した規則が必要になり、一方で量的

120 UNIDROIT website 参照。http://www.unidroit.org

121 UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles international case law and bibliography, http://www.unilex.info/

122 絹巻康史『国際取引法』3頁（新版、同文館、2004年）。

増加により従来の法学的枠組みの Hard Law だけでは効率的な対応が困難になりつつあり、契約一般原則を含む Soft Law の必要性が向上している。第二に、流動的な経済状況に合致した内容の取引規則を、実情に応じ柔軟に利用できること。Hard Law では立法手続き自体に多大な時間と労力がかかるため、商学的観点から最重要とされる迅速性が欠落しており、実用性が低い。また一国の国内法の前提はあくまで国内取引であるため、国際商取引の案件を判断するには本質的に限界がある。そもそも国内の法を掌る司法は、国際商取引に関する Hard Law の整備には、その incentive が働かない。一方 Soft Law は ICC の各規則が定期的に改訂されていることと比較すると、Soft Law の有用性は高い。第三に、商取引規則としての Soft Law は、その最終的実行力を担保する Hard Law の強固な支柱があって発展しうるものであるということ。社会的な専門性の細分化・高度化が進むにつれて、それに応じた Soft Law の充実がより一層要求される。国際商取引を支持する基盤として法制度の整備は不可欠であるが、Soft Law だけでは最終的な法的強制力が困難であること、一方 Hard Law だけでは時代遅れになりやすく実情に合わない点があり、それぞれの利点と欠点、および役割をそれぞれ認識し、商学的観点からの実効性の高い有機的な相互補完制度の構築が、今後の国際商取引の発展にとって重要である。

#### 4.3.2. 社会制度の変化

冷戦 (the cold war) の終結を一つの契機として、東西両陣営にわたる国際商取引が急増し、それが法の国際化に影響を与え続けている。国際民事訴訟の手続きは、各国内の手続きによりその解決が異なるため、効率的な制度として法学的には、関連する法の調和 (harmonization) が目指されている。そこでは一国内の国際取引に関する法では、その迅速性や効率性等の点で限界があるため、国家的枠組みを超越した (transnational) 商取引法への動きが加速している<sup>123</sup>。この「法の調和」という動向は新しいものではなく、19世紀以後ヨーロッパにおける法典化の動きが従来から見られたが、この当時行われていたものは、調和というよりも、国内法の統一 (unification) であり、国家主義の台頭に呼応した法の国内化 (nationalization of law) であった<sup>124</sup>。これは逆にヨーロッパ

123 Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium* 88 (1998). “transnational law” とは「特定の法制度に基づくものではなく、商取引業界 (the merchant community) により尊重される慣習であるという観点から、実行力を有する国家の枠組みを超えたルール of the collection of rules) をいう」(Roy Goode, *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 Int'l & Comp. L. Q. 1, 2 (1997). また次の文献も示唆に富む。Roy Goode, *Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law*, 50 Int'l & Comp. L. Q. 751 (2001).



の多様性を目立たせることになり、そのため一国内の法は自己完結的な傾向が強まった<sup>125</sup>。また19世紀にヨーロッパ各国の法はその植民地に拡散されたため<sup>126</sup>、現在の多くの国の法制度は、19世紀から20世紀初頭にかけてのヨーロッパに負っている<sup>127</sup>。その後の商取引の増加に伴い、商取引分野における取引規則の統一化の動きがいくつかあり、その地道な努力が20世紀後半において本格化し、最後の20年間に於いて国際商取引の増加を契機に顕在化した、といえるだろう。例えば、国際契約法（international contract law）を構築するという壮大な構想は昔からあり、私法統一国際協会（UNIDORIT）<sup>128</sup>の事務局は既に1971年に、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）<sup>129</sup>に「国際取引法の漸進的法典化（progressive codification）」と題する報告書を提出し、国際契約法の一般原則の起草構想を提示している<sup>130</sup>。国際商取引はその規模や質が変化しても、その本質は変わらない、という点に留意し以下その内容を一部紹介する。

「国際取引は独自の役割を持った、全ての機能を兼ね備えた独自の直轄の法（own ordinary law）を必要とする。国際取引の法的関係はその性質上（in character）国際的であるという事実から、国内法の管轄範囲外であり、最終的には国際取引は国際間を統治しうる実質法（material law）を必要とする。」<sup>131</sup>

国際商取引の紛争解決が、各国法制度により結果が異なるという不安定な制度は、それ自体限界があり本質的問題である。そのため判断基準となる実体法の統一が最低限不可欠である、ということは以前から指摘されている。それではどのような調和が必要であるのか、次にみていきたい。

124 H. Patrick Glenn, *Harmony of Laws in Americas*, 34 U. Miami Inter-American L. Rev. 223, 224 (2003); Daniel Berkowitz, Katrina Pistor & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 Am. J. Comp. L. 163, 173 (2003).

125 例えばドイツ法は、他国との構造、内容ともに異なっており、ドイツ民法典は商事、民事、民事手続および刑事手続の各法規よりも先行して作成され、またフランスは1804年から1811年にかけて最初の包括的な国家の民事・商事・刑事法典の先駆者となり、ナポレオン法典（Napoleonic Code）はフランス革命以前に機能していた法制度を統合し編纂された（Berkowitz, Pistor & Richard, *supra* note 124, at 173.）

126 Rodolfo Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, 75 Tu. L. Rev. 1159, 1161 (2001).

127 Sandeep Gopalan, *New Trends in the Making of International Commercial Law*, 23 J. of Law & Commerce 117, 122 (2004).

128 本章脚注120参照。

129 元来、商取引法（trade law）の発展的単一化（progressive unification）を促進するために組織された。本文脚注119参照。

130 Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 1 Y. B. UNCITRAL 285, U. N. Doc. A/CN.9/SER.A/1970.

131 *Id.* at 286. この報告書では、各国内法を参照することなく契約と国際条約の解釈のための参考として、国際契約法の原則（principles）や規則（rules）を発展させるための、やむにやまれぬ（compelling）必要性を強調している。

#### 4.3.3. 法の調和

商取引分野における法の統一は必要であり、どうあるべきかについて、ここでは“harmonization”について学者の意見を比較しながら結論を導いていきたい。

Ziegel 教授によると、商事法分野の調和は、十分な柔軟性を持たせるべきであるが、一旦採用した法域では絶対的な統一の意味を持たせるべき、という<sup>132</sup>。

Leebron 教授によると、調和は異なった法域で同一の、また少なくとも類似した政策を採用する限りにおいて、穏やかになされるべきだ、という<sup>133</sup>。

Zomora 教授によると、調和とは単一の規則を採用するものではなく、異なった法域において、法概念の相違が適用されるような幅広い概念を含むべきであり、これは多くの方法において可能である。例えば一つまたは複数の国において法改正の過程で行うことにより、法域を超越した影響を反映させることにより、二つの法域間における当事者が採用した私法概念の媒介（mediation）により、また異なる法域間における無数の接点等により可能である、という<sup>134</sup>。また調和は法の単一化（unification of law）とは明確に区別すべきであるとし、その理由として後者は単一の法規則（legal model）を管轄のすべてに課すことになるからである、という<sup>135</sup>。

Boodman 教授によると、法的文脈における調和は、現実的な問題解決においてその外形（configuration）を変化しうるものであるべきであり、現実問題に応じて解釈できるよう柔軟性を持たせるべきだ、という<sup>136</sup>。

Goode 教授によると、調和には明確に異なる二つの方式がある、という<sup>137</sup>。一つは、国内取引は従来通り、国内法で統治する体制を維持しつつ、一方で国際取引のための特別な統治様式（regime）を新たに創造すること。もう一つは、国内取引を規律している国内法を調和させることにより、共通の市場や政治ま

132 Jacob Ziegel, *Harmonization of Private Laws in Federal System of Government: Canada, the USA, and Austria*, in Ross Cranston ed., *Making Commercial Law: Essays in honor of Roy Goode* 133 (1997).

133 David Leebron, *Claims for Harmonization: A Theoretical Framework*, 27 Can. Bus. L. J. 63, 66 (1996). また調和“harmonization”という文言は、本来音楽上の用語であるため、誤名称（misnomer）であるという（*Id.* at 67）。

134 Stephen Zamora, *NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade*, 12 Arizona J. Int'l & Comp. L. 401, 403 (1995). 異なる法域や国際商取引分野における法の調和は、価値中立的なもの（value neutral）であるべきであり、それ自体で十分な根拠にはならない、という。

135 *Id.* at 405.

136 Martin Boodman, *The Myth of Harmonization of Laws*, 39 Am. J. Comp. L. 699, 707 (1991).

137 Roy Goode, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, 9 Uniform L. Rev. 54 (1991).

たは経済的地域化 (grouping) を促進し、国家の境界が当該地域内における商取引に影響しないようにすること。これは前者が万民法型統一法、後者を世界法型統一法であり<sup>138</sup>、それぞれ CISG、PECL<sup>139</sup> が相当するであろう。

PECL にみられるように、国内法を含めた地域内の実体法の調和は、特定地域内の政治的外交努力によりある程度は実現可能であるが、地球規模の商取引すべてを規律する契約法原則の調和を目指すことは非現実的であり、あくまで国内取引を統治する国内法を維持しながら、一方で国際商取引を統治する規則を別途作成する、という万民法型統一法が賢明であろう。以上から、商取引法分野における調和の定義は、次のように要約できるであろう<sup>140</sup>。

「国際条約、モデル法、リステイトメント、モデル契約書、標準契約書式、商慣習法 (code of practice)、慣行 (usages) 等のどのような手段であれ、国際商取引に適用される国内商事法 (national commercial law) における不一致を排除、または最小化するすべての試みをいう。」

現実的には、国内の実体法を世界的に統一することは不可能であり、国際商取引に関与する部分に限定して別途、統治規則を作成することが現実的な方策であるだろう。またこの国際間を統治する方法として Hard Law と Soft Law の二種類あり、その役割について以下、考察していきたい。

#### 4.3.4. 国内法の相違がもたらす問題

国際商取引には、国内のそれにはないリスクが多々ある<sup>141</sup>。以下法的リスクについて意見を紹介しつつ検討していきたい。

Ancel 教授によると、国家法の不統一 (disparity) は、現代の国際商取引にとって不利であり、将来的発展にとっても問題であることを指摘し、「統一法は国際私法による解決よりも優れている」との信念から、統一法の作成により現代的需要に適合させるべきである、という<sup>142</sup>。そして国内法の多様性は、一国内の各地域の慣習の多様性と同等のものであると考え、多様性は法の健全性、一般価値および法の神聖性 (supremacy) を危うくする (compromise) ため、多様性は好ましくない、という<sup>143</sup>。こうした各国の法制度の多様性が重圧を引

138 高桑昭『国際商取引法』12頁 (有斐閣、2003年)。

139 Principles of European Contract Law.

140 Gopalan, *supra* note 127, at 121.

141 例えば、①相手の信用状態を常時把握することの困難、②輸出入や外国為替などの公法的規制、③政治的危険 (カントリーリスク)、④為替変動リスク、⑤運送過程における物理的損傷の危険、⑥訴訟関連の危険等 (江頭憲治郎『商取引法 (第4版)』47-48頁 (弘文堂、2005年))。

142 Marc Ancel, *From the Unification of Law to its Harmonization*, 51 Tul. L. Rev. 108, 114-1146 (1976).

143 *Id.*

き起こしているため、多様性の排除それ自体が目的とされるべきである、という。理念としては興味深い、世界統一型の発想から、実現性は乏しい。

Stephan 教授によると、一国法の相違・多様性は、法的リスクを発生させる、と指摘している<sup>144</sup>。そこでは法的リスク、具体的には問題が発生した時のリスクの解決方法が不明確であることに伴う潜在的リスクがあり、これが大きければ商取引自体が中止される可能性が高くなる。そのためこうした法的リスクを明確にすることにより、商取引を促進する、という<sup>145</sup>。

こうした見方はある程度、真理であるが、同時に商学的観点からすると、ここに限界があると考えられる。理論的には、潜在的リスクを含めた費用と利益を事前に把握した上で、商取引の履行が理想的であるが、逆に言うと事前にリスクが明確であればあるほど利益も縮小する傾向にあるといえる<sup>146</sup>。市場経済制度において純粋な商取引行為は、先進国においては最悪の状態に陥っても自己破産であり、その損失は限定的である。法的制度・枠組みの整備は必要ではあるが、商取引を行う際の必要条件とは言えない。現実には法制度以前に行政、政治制度が不安定な中でも、当事者が交易（商取引）から利益があれば自発的に実行される。そのため法制度や行政機関は本質的に事後的な制度であり、商取引の秩序維持や安定という面では重要な役割を果たしているが、その域を出るものではない。法制度の整備や行政運営を堅実にする政治的安定が、商取引の安定的発展には不可欠である。また単に一国法の相違や多様性の存在だけでは、国際商事法の統一理由とはなり難く、商取引を妨害する程度に大きな障壁にならない限り、その必要性はない。多様性や相違が障害となるときのみ、各取引をめぐって当事者の利益をつなぐ（interface）ものとして調和が模索されることになる<sup>147</sup>。

#### 4.3.5. 国際条約の限界

伝統的に国家間の規律を定めるものとして、国際条約が最も良いものとされ、その理由として国際条約は強制力を持つからである、といわれる。しかし商学的観点からすると、法統一の方式としての条約は、本質的にその強制力を伴っ

144 Paul Stephan, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, 39 Va. J. Int'l L. 743, 746 (1999).

145 *Id.*

146 新規事業は前例がなく、リスクの大きさや存在自体が未知数なため、手探り状態で開始され、その大半は失敗して撤退するが、成功した場合の利益は莫大になる。資本主義は、企業家にとっては Low-risk/ High-return な制度であり、起業を奨励することでイノベーションが生まれ、社会全体が富む。

147 David Leebron, *Claims for Harmonization: A Theoretical Framework*, 27 Can. Bus. L. J. 63, 75 (1996).



ているがゆえに、逆に欠点として作用している面が多々ある<sup>148</sup>。例えば現実には、国際条約の起草・作成に参加する国が多ければ多いほど意見が多様化し、その集約が困難になり、仮に各当事国の努力によってそうした困難を克服し、最終的に完成できたとしても、その実質的内容は妥協の産物となる可能性が高い。また起草作成段階で交渉が決裂し、離脱する国もある。また完成段階での条文内容に満足せず、また政治的動向から批准せずその時期を探り、さらに外交における交渉条件の一つとされる危険性もある。このように形式的にも国際条約は、現実が発効する条件を満たすためにも、非常に大きな困難が伴う。

また条約内容を洗練したものにしてしまうとすれば、自己完結的な内容を目指して法理論を構築する必要性が高まるが、商取引が十分に発達していない国や経済力が十分でない国、また法体系が根本的に異なる国は離脱し、条約の発効が困難になる。そのため方法を転換し多数決ではなく、コンセンサスを重視すれば、その調整に莫大な労力がかかり、結果として妥協的産物の内容で完成し、その存在意義を問われてしまうことにもなる。商学的観点からすると、こうした点に国際条約の限界があると感じる。

商学的には、いくら法理論が精緻であっても、多数国が参加するものであっても、実効性がなければ採択されず、存在価値はないと判断される。重要な点は、その条約の成立により便益を得ることができるか否か、という点である。一般に、どれほど困難なものであっても、それ以上の便益や生産性を得る可能性があれば、その困難を克服する意義は十分にある。しかしこの種の国際条約では、むしろ交渉過程での反発や決裂を誘発しかねないリスクを孕む。そのため国際商取引分野における統一法としての国際条約の形式に固執すると、実質レベルでは妥協の産物的レベルに陥り、形式レベルでは国際政治の駆け引きの道具として利用される危険性がある。さらに完成した条約の質的内容が高度でないにもかかわらず、その解釈は厳格になされる可能性があるため<sup>149</sup>、結果として商学的観点からは「使えない」ものになってしまう。Hard Law には常にこうしたリスクが本質的に付随する。

#### 4.3.6. 国際商取引における条約と Soft Law の採択

いくつか統一の試みがあるが<sup>150</sup>、成功した国際条約としては、1958年「外国

148 Gopalan, *supra* note 127, at 152.

149 The Society of Public Teachers of Law in Great Britain and Northern Ireland (SPTL) to the Communication from the European Commission on European Contract Law, at §15, [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fairbus\\_pract/cont\\_law/comments/5.21.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fairbus_pract/cont_law/comments/5.21.pdf).

150 世界的な海商法などの各分野の統合の動向については、高桑昭・江頭憲治郎編『国際取引法（第2版）』5-12頁（青林書院、1992年）参照。

仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）」<sup>151</sup> があり、2015年9月1日現在で締約数は156か国となっている。この条約の存在により、仲裁裁定の執行力が、訴訟判決と比較して圧倒的に高いため<sup>152</sup>、国際商事仲裁が選好される最大の要因にもなっている。また比較的 success しているものとして、CISG がある。これは自律的な国際売買契約に関する統一実体法であり、世界的な統一法の歴上、最大規模のものであるとされる<sup>153</sup>。これは元々1930年に UNIDROIT が国際売買に関する統一法の起草を始めたことがきっかけであり、第二次大戦により一時中断されたものの、1964年のヘーグ外交官会議において「国際物品売買に関する統一法（ULIS）」<sup>154</sup> および「国際物品売買契約の成立に関する統一法（ULF）」<sup>155</sup> の二つの統一法が条約として採択・成立した。しかし批准国は8か国にとどまり、発効したものの批准国やその利用が全く拡大しなかったため、実質的な影響を持つことはなかった<sup>156</sup>。

1966年に発足した UNCITRAL はこの二つの条約の失敗から学び、コンセンサス重視の方針をとり、やや妥協の産物的な面はあるが、1980年のウィーン外交官会議において CISG が採択され、2015年9月1日現在で締約国数は83となっている<sup>157</sup>。その他、条約として成立を目指したが、失敗に終わっているものも数多くある<sup>158</sup>。これらから導かれることは、国際条約の単なる成立・発効というだけでは商学的に無意味、という現実であろう。一般に、少数で専門性の高い条約は無視され遅れがちであり、商取引でない政治的内容の条約は比較的、成立・発効されやすい傾向がある、という<sup>159</sup>。これらから商取引に関連する条

151 1958 New York Convention on the Recognition of Foreign Awards.

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)

152 高桑昭・道垣内正人編『国際民事訴訟法（財産法関係）』421頁（新・裁判実務体系3、青林書院、2002年）。

153 甲斐道太郎・石田喜久雄・田中英司編『注釈国際統一売買法 I－ウィーン売買条約－』3頁（法律文化社、2000年）。同書の前注（CISG の意義と成果、3-19頁）に成立の経緯とその評価がある。

154 国際売買に関する実体法の統一を目的とし、特に売主・買主の権利・義務と危険の移転について定めている。

155 これは ULIS を補足し、国際契約を成立させるための申し込みと承諾に関する英米コモンローと大陸法の相違を調整するものであった（新堀聰『国際統一売買法』4頁（同文館、1991年））。

156 UNIDROIT website,

<http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>

157 UNCITRAL website, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html)

158 例えば次の条約。① 1970 International Convention on Travel Contracts (3, 3) ② 1973 Convention on Uniform Law on the Form of an International Will (3, 9) ③ 1983 Convention on Agency in the International Sale of Goods (2,3) ④ 1988 UNIDROIT Convention on International Factoring (4,2) ⑤ 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (11,10) などがある（カッコ内数字は、批准国数と加入国数、Gopalan, *supra* note 127, at 153-155）。

159 Gopalan, *supra* note 127, at 155.

約は優先順位が低いという現実があり、国政商取引では、その主題 (subject matter) がひとつの要因になると推測され、こうした点からも Hard Law の限界が感じられる。

以上の通り、国際商取引分野における条約の成立は、実体面および形式面からも困難が多いことから、Hard Law の限界を説明した。一方、Soft Law の代表的な PICC が、いろいろな場面において採択されている状況についてみていきたい。PICC は1994年初版が公表されて以来、2004年、2010年と改訂・拡充してきているが、各国の法改正の指針として利用されており<sup>160</sup>、実際に各国の国内法制定に利用されている<sup>161</sup>。また Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods 第14条にも<sup>162</sup>、契約一般原則として CISG および PICC によることが明記されている<sup>163</sup>。こうした動向の原因は、各法体系相違を曖昧にしすぎずに、説得力ある的確な内容で作成されていることにあり、商取引法として普遍性を持ちうる内容であるから、という<sup>164</sup>。ある国際商事仲裁の事例では、PICC の信義誠実義務 (cooperate in good faith) に言及し、国際取引全般に適用させるべき原則である、という<sup>165</sup>。また別の仲裁事例では、PICC を参照する理由として、の五つを挙げている<sup>166</sup>。

- ① 公平に作成されたリステイトメントであること。
- ② CISG 等の国際商取引法を参考に作成されていること。
- ③ 財・サービスの両方で利用できること。
- ④ 一般原則で判断されるという当事者の意図と合致していること。
- ⑤ 整合的かつ精緻に作成されていること。

160 *Id.* at 160.

161 例えば、ロシア民法典 (the Russian Civil Code)、エストニア債権債務法 (the Estonian Law of Obligations)、リトアニア民法典 (the Civil Code of the Republic of Lithuania) 等がある。また中国の契約法は、CISG の影響を大きく受けている (Mark Williams, *An Introduction to General Principles and Formation of Contracts in the New Chinese Contract Law*, 17 J. Contract Law 3 (2001))。その他詳しくは、Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 235-238 (2d ed. 1997); Gesa Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?* (June 1998, Pace Univ.), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

162 1999年 International Trade Center (ITC) が採用しているモデル法。この他、ITC では国際商取引に従事する中小企業に向けて、CISG や PICC に基づくモデル契約書を多数作成している。 <http://www.intracen.org/itc/exporters/contract-templates/>

163 Bonell, *supra* note 161, at 200.

164 Arthur Rosett, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Contracts*, 46 Am. J. Comp. L. 347, 347-348 (1988).

165 ICC case 9593, <http://www.unilex.info/dynasite.cf.?dssid=2377&dsmid=13621&xs=1/>

166 ICC case 7110, 10 ICC ICAB 39 (1998), <http://www.unilex.info/dynasite.cf.?dssid=2377&dsmid=13618>

こうした理由から、契約一般原則としての PICC の採択が国際商事仲裁を中心に、徐々に増える傾向がみられる。

#### 4.3.7. 第4章の小括

以上、商学的観点からの Soft Law の役割や意義について考察した。商学的観点からの結論は次の通り。

第一に、国際商取引における契約は、リスク管理の一つであり、不確定要因によるリスクを抑制するためのものである。その手段としてのルールが、Hard Law と Soft Law に大きく二分され、それぞれの役割や限界を理解したうえで、相互補完の関係にあることを認識することが重要である。


第二に、商取引のグローバル化が進展するにつれ、技術的専門性や、知的財産権が関係する物品売買や、複数の当事者が関与する大規模な取引が増えつつあり、今後も拡大深化しつつある。専門性はさらに細分化され高度化される一方、それら技術・専門性を根幹で束ねる契約理念は、あらゆる領域や国においても普遍的なものであり、Hard Law としての CISG と、Soft Law としての PICC が、普遍的な契約一般原則としての機能が期待されている。

第三に、CISG や PICC の利点は、超国家的普遍性にある。従来の国際民事訴訟制度の発想は、特定国の司法制度により、特定国の準拠法に従って判断されるため、中立的な判断は困難である。そこでは具体的には当事者間の力関係により、司法にも影響が出ることになるが、商取引のグローバル化が進展すると、特定国の司法制度を超越した中立的な規則が求められている。いずれの国家にも偏向しない、超国家的な実体法であれば、すべての当事者に対して公平になる。そうした規則が求められている。

第四に、契約一般原則は、本質的に超国家的なものであり、それゆえ「一般原則」になりうる。これは国境を越えて時代を超えてもほとんど変わらない普遍的性質をもつ。PICC の改訂をみていると、積極的に新版が作成・公表されているが、これは規定内容の改訂ではなく対象範囲の拡大であり、本質的な内容を規定しているため変える必要はなく、ただその対象を可能な限り拡大し、一般原則として条文化し体系化する、という方針である。これを少数精鋭で機動的かつ体系的に構築できることが Soft Law の強みであり、意義である。

今後より一層その重要性が増す Soft Law について、その役割と意義について考察をさらに深めていきたい。





執筆者名

中村 嘉孝 神戸市外国語大学 教授  
NAKAMURA Yoshitaka Kobe City University of Foreign Studies • Professor

研究叢書58／Monograph Series in Foreign Studies no.58  
国際商取引における Soft Law／Soft Law in International Business

---

著 者：中村 嘉孝

Author : Yoshitaka Nakamura

印 刷：2015年3月22日

Printed : March 22, 2016

発 行：2015年3月22日発行

Issued : March 22, 2016

発 行 所：神戸市外国語大学外国学研究所  
神戸市西区学園東町9丁目1

Published : Research Institute of Foreign Studies, Kobe City University of Foreign Studies  
9-1, Gakuen-Higashimachi, Nishi-ku, Kobe, Hyogo, 651-2187, Japan

表紙デザイン：佐藤 篤司

Cover Design : Atsushi Sato

印 刷 所：株式会社 興文社

神戸市西区宮下1丁目13-11

Printer : KOUBUNSHA PRINTING CO., LTD.

1-13-11, Miyashita, Nishi-ku, Kobe, Hyogo, 651-2146, Japan

---

Monograph Series in  
Foreign Studies

no. **58** 2016

# Soft Law in International Business



**NAKAMURA Yoshitaka**

Kobe City  
University of  
Foreign Studies